

University of Groningen

De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht

Jong, Sytse de

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Jong, S. D. (2012). *De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht*. De Banier.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht

Sytse de Jong
De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht
© B.V. Uitgeverij De Banier, 2012
Omslagfoto: Fotolia
ISBN 978 90 336 2368 6
NUR 825

www.debanier.nl

Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht

proefschrift

ter verkrijging van het doctoraat in de
Rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 12 juli 2012
om 16:15 uur

door

Sytse de Jong

geboren op 7 februari 1971
te Nieuw-Lekkerland

Promotores: Prof. mr. dr. W.A. Zondag
Prof. mr. dr. F.T. Oldenhuis

Beoordelingscommissie: Prof. mr. dr. A.H.M. Dölle
Prof. dr. A.T.J.M. Jacobs
Prof. dr. G.J. Vonk

Inhoud

Inhoud (kort)

Voorwoord	XV
Hoofdstuk 1: Inleiding	1
Hoofdstuk 2: Concept tendensinstelling	19
Hoofdstuk 3: Rechtskader	67
Hoofdstuk 4: Arbeidsverhouding	115
Hoofdstuk 5: Collectief arbeidsrecht	195
Hoofdstuk 6: Geschilbeslechting	223
Hoofdstuk 7: Duitsland	241
Hoofdstuk 8: Synthese	285
Samenvatting	309
Summary	321
Jurisprudentie	333
Afkortingen	341
Literatuur	343

Inhoud (uitgebreid)

Voorwoord

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Inleiding	1
1.2 Studieobject	1
1.3 Vraagstelling	5
1.4 Rechtsstaat en maatschappij	6
1.4.1 Inleiding	6
1.4.2 Rechtsstatelijk perspectief	7
<i>Historisch-juridische duiding</i>	7
<i>Verhouding kerk en staat</i>	9
1.4.3 Maatschappelijke context	12
<i>Pluriformiteit versus gelijkheid</i>	12
<i>Vrijheid, gelijkheid en broederschap</i>	15
1.5 Uitwerking	17

Hoofdstuk 2: Concept tendensinstelling

2.1	Inleiding	19
2.2	Identiteit in de arbeidsorganisatie	19
2.2.1	Inleiding	19
2.2.2	Aspecten van identiteit	20
	<i>Identiteiten en hun wisselwerking</i>	20
	<i>Identiteit in het recht</i>	21
	<i>Dynamisch karakter identiteit</i>	22
2.2.3	Grondslag, cultuur en imago	23
	<i>Grondslag</i>	23
	<i>Cultuur</i>	24
	<i>Imago</i>	25
2.2.4	Betrokkenheid werknemers	25
	<i>Functiegerelateerde identiteit</i>	25
	<i>Gesloten identiteitsbeleving</i>	27
2.2.5	Maatschappelijk verantwoord ondernemen	27
	<i>Triple P Bottom Line</i>	27
	<i>Stakeholderschap</i>	28
2.2.6	Conclusie	29
2.3	Institutionele theorie	30
2.3.1	Inleiding	30
2.3.2	Verklarend model	30
	<i>Institution, idée d'oeuvre en contract</i>	30
	<i>Subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring</i>	32
2.3.3	Herleving institutionele theorie	33
2.3.4	Conclusie	35
2.4	Bouwstenen voor visievorming	36
2.4.1	Inleiding	36
2.4.2	Nederland/België	36
	<i>Typering tendenswerkgever</i>	36
	<i>Weging van grondrechten</i>	39
	<i>Binding aan identiteit</i>	39
	<i>Relatie met andere werkgevers</i>	40
2.4.3	Duitsland	41
	<i>Betriebsverfassungsgesetz</i>	41
	<i>Tendenzträger en identiteit</i>	42
2.4.4	Europa	43
	<i>EVRM</i>	43
	<i>Kaderrichtlijn</i>	44
2.4.5	Conclusie	44

2.5 Afbakening tendensinstelling	46
2.5.1 Inleiding	46
2.5.2 Kenmerken	47
<i>Criteria tendenskarakter</i>	47
<i>Godsdienstige en levensbeschouwelijke identiteit</i>	48
<i>Kenbare grondslag</i>	49
<i>Tendenskarakter en winstoogmerk</i>	50
2.5.3 Categorisering	51
<i>Kerkgenootschap en overige tendensinstellingen</i>	51
<i>Zelfstandig onderdeel en overige tendensinstellingen</i>	53
<i>Instelling van bijzonder onderwijs</i>	54
<i>Onbenoemde tendensinstelling</i>	55
2.5.4 Conclusie	56
2.6 Rechtspersoonsvorm	58
2.6.1 Inleiding	58
2.6.2 Kerkgenootschap	58
<i>Afbakening begrip kerkgenootschap</i>	58
<i>Zelfstandig onderdeel kerkgenootschap</i>	59
2.6.3 Vereniging	61
2.6.4 Stichting	63
2.6.5 Conclusie	65

Hoofdstuk 3: Rechtskader

3.1 Inleiding	67
3.2 Internationale Verdragen	68
3.2.1 Inleiding	68
3.2.2 Doorwerking	68
3.2.3 EVRM en IVBPR	69
<i>Rechten en vrijheden</i>	69
<i>Minderheden</i>	70
3.2.4 ESH	71
3.2.5 Vrouwenverdrag	72
3.2.6 Conclusie	73
3.3 Europese Unie	73
3.3.1 Inleiding	73
3.3.2 Handvest EU	74
3.3.3 Kaderrichtlijn	75
3.3.4 Hof van Justitie EU	77
3.3.5 Conclusie	78

3.4 Grondwet	78
3.4.1 Inleiding	78
3.4.2 Drager van grondrechten	79
3.4.3 Grondrechten in horizontale verhoudingen	80
<i>Horizontale werking van grondrechten</i>	80
<i>Grondrechten in het arbeidsrecht</i>	80
3.4.4 Conflicterende aanspraken	81
3.4.5 Beperking van grondrechten	83
3.4.6 Conclusie	84
3.5 Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)	85
3.5.1 Inleiding	85
3.5.2 Totstandkoming	85
3.5.3 Verbod op onderscheid	86
<i>Terminologie</i>	86
<i>Uitzonderingen</i>	88
3.5.4 Categorisering	90
<i>Kerkgenootschap</i>	90
<i>Onbenoemde tendensinstelling</i>	90
<i>Instelling van bijzonder onderwijs</i>	91
3.5.5 Onderscheid bij de arbeid	92
<i>Functie-eisen</i>	92
<i>Enkele-feitconstructie</i>	94
3.5.6 Commissie Gelijke Behandeling	95
<i>Naleving Awgb</i>	95
<i>CGB en burgerlijke rechter</i>	96
3.5.7 Congruentie Kaderrichtlijn en Awgb	97
<i>Kritiek Europese Commissie</i>	97
<i>Positie kerkgenootschap</i>	98
<i>Positie tendensinstelling</i>	99
3.5.8 Conclusie	102
3.6 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB m/v)	103
3.6.1 Inleiding	103
3.6.2 Hoofdregel	104
3.6.3 Uitzonderingen	104
3.6.4 Conclusie	105
3.7 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA)	105
3.7.1 Inleiding	105
3.7.2 Opzegverbod	106
3.7.3 Uitzonderingen	106
<i>Onderwijzend en docerend personeel</i>	106
<i>Geestelijk ambt</i>	108
3.7.4 Conclusie	109

3.8 Overige wetgeving	109
3.8.1 Inleiding	109
3.8.2 Wet arbeid vreemdelingen (WAV)	109
3.8.3 Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000)	111
3.8.4 Wet bescherming persoonsgegevens (WBP)	111
3.8.5 Wetboek van Strafrecht (WSr)	112
3.8.6 Conclusie	113

Hoofdstuk 4: Arbeidsverhouding

4.1 Inleiding	115
4.2 Typen tendensinstellingen	115
4.2.1 Inleiding	115
4.2.2 Kerkgenootschap	116
<i>Interne rechtsverhouding</i>	116
<i>Geestelijk ambt</i>	116
4.2.3 Overige tendensinstellingen	119
<i>Instelling van bijzonder onderwijs</i>	119
<i>Onbenoemde tendensinstelling</i>	119
4.2.4 Conclusie	119
4.3 Instroom	120
4.3.1 Inleiding	120
4.3.2 Werving	120
<i>Functie-eis en identiteit</i>	120
<i>Onderscheid naar geslacht</i>	124
4.3.3 Selectie	125
4.3.4 Aanstelling	128
<i>Binding aan de identiteit</i>	128
<i>Eenduidige gedragslijn</i>	129
4.3.5 Conclusie	130
4.4 Doorstroom: voorschriften en afspraken	131
4.4.1 Inleiding	131
4.4.2 Instructierecht en arbeidsvoorwaarden	131
<i>Instructierecht</i>	131
<i>Arbeidsvoorwaarden</i>	132
<i>Onderlinge verhouding</i>	133
4.4.3 Beloning	135
4.4.4 Werktijd	136
<i>Flexibele standaardregeling</i>	136
<i>Zondag en religieuze feestdagen</i>	138
4.4.5 Conclusie	141

4.5	Doorstroom: gedrag op het werk	143
4.5.1	Inleiding	143
4.5.2	Wenselijk gedrag	143
4.5.3	Uiterlijk	144
	<i>Kleding</i>	144
	<i>Sieraden en versierselen</i>	150
	<i>Haardracht</i>	152
	<i>Samenvatting</i>	154
4.5.4	Meningsuiting	155
4.5.5	Omgangsvormen	158
4.5.6	Internetgebruik	161
4.5.7	Werk en privé	162
	<i>Gedrag buiten het werk</i>	162
	<i>Relaties</i>	166
4.5.8	Verandering van identiteit	172
4.5.9	Conclusie	175
4.6	Uitstroom	176
4.6.1	Inleiding	176
4.6.2	Disciplinaire maatregel	177
4.6.3	Gedwongen ontslag	180
	<i>Wederzijds goedvinden</i>	180
	<i>Einde van rechtswege</i>	180
	<i>Opzegging</i>	181
	<i>Ontslag op staande voet</i>	182
	<i>Ontbindingsprocedure</i>	184
4.6.4	Redelijke grond voor ontslag	185
	<i>Juridisch kader</i>	185
	<i>Aard van het conflict</i>	186
	<i>Aard van de functie</i>	187
	<i>Alternatieven</i>	187
	<i>Bijkomende omstandigheden</i>	189
	<i>Ontslagvergoeding</i>	190
4.6.5	Conclusie	192

Hoofdstuk 5: Collectief arbeidsrecht

5.1	Inleiding	195
5.2	Collectieve arbeidsovereenkomst (CAO)	196
5.2.1	Inleiding	196
5.2.2	AVV en maatwerk	196
5.2.3	Identiteit in de CAO	197
	<i>Concentratie op rustdagen en feestdagen</i>	197

	XI
CAO reformatoisch primair onderwijs	199
5.2.4 Conclusie	200
5.3 Wet op de ondernemingsraden (WOR)	201
5.3.1 Inleiding	201
5.3.2 Ondernemingsraad	201
<i>Instelling</i>	201
<i>Ontheffing</i>	203
5.3.3 WOR en identiteit	204
<i>Taken en bevoegdheden</i>	204
<i>Bewaken identiteit</i>	205
5.3.4 Wet Medezeggenschap Werknemers	206
5.3.5 Conclusie	207
5.4 Wet medezeggenschap op scholen (WMS)	208
5.4.1 Inleiding	208
5.4.2 Medezeggenschapsraad	208
<i>Instelling</i>	208
<i>Ontheffing</i>	209
5.4.3 WMS en identiteit	210
<i>Kerntaken MR</i>	210
<i>Wijzigen bevoegdheden</i>	212
5.4.4 Personeelsgeleding	213
5.4.5 Conclusie	213
5.5 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (WMCZ)	214
5.5.1 Inleiding	214
5.5.2 Wording en evaluatie	215
5.5.3 WMCZ en identiteit	216
<i>Instelling en taken</i>	216
<i>Bewaken identiteit</i>	216
5.5.4 Conclusie	218
5.6 Collectieve actie	219
5.6.1 Inleiding	219
5.6.2 Acceptatie van het actierecht	219
5.6.3 Alternatief voor staken	220
5.6.4 Conclusie	221

Hoofdstuk 6: Geschilbeslechting

6.1 Inleiding	223
----------------------	-----

6.2 Alternatieve geschilbeslechting	223
6.2.1 Inleiding	223
6.2.2 Hoofdvormen	224
<i>Klachtrecht</i>	224
<i>Arbitrage</i>	225
<i>Bindend advies</i>	225
<i>Mediation</i>	226
6.2.3 Processuele waarborgen	228
<i>Toegang tot de burgerlijke rechter</i>	228
<i>Beginselen van procesrecht</i>	229
6.2.4 Conclusie	229
6.3 Geschilbeslechting in eigen kring	230
6.3.1 Inleiding	230
6.3.2 Kerkgenootschap	230
6.3.3 Instelling van bijzonder onderwijs	235
<i>Commissie van beroep</i>	235
<i>Status uitspraak en procedure</i>	235
<i>Toekomstperspectief</i>	238
6.3.4 Conclusie	239

Hoofdstuk 7: Duitsland

7.1 Inleiding	241
7.2 Het Duitse arbeidsrecht	242
7.2.1 Inleiding	242
7.2.2 Arbeidsrecht en arbeidsovereenkomst	242
<i>Geringe codificatie</i>	242
<i>Kenmerken arbeidsovereenkomst</i>	243
7.2.3 Kerkelijke autonomie	244
<i>Minderheden</i>	244
<i>Kirchliches Arbeitsrecht</i>	244
7.2.4 Conclusie	245
7.3 Wetgeving	246
7.3.1 Inleiding	246
7.3.2 Grundgesetz (GG)	246
<i>Vrijheid van godsdienst</i>	246
<i>Ruime kring van instellingen</i>	248
7.3.3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	249
<i>Benadeling</i>	249
<i>Wezenlijke beroepsvereisten</i>	250
<i>Naleving</i>	252

7.3.4	Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)	252
	<i>Objectiveerbare doelstellingen</i>	252
	<i>Reikwijdte tendensbescherming</i>	255
7.3.5	Tarifvertragsgesetz (TVG)	257
7.3.6	Kündigungsschutzgesetz (KSchG)	258
7.3.7	Conclusie	260
7.4	Ontwikkelingen	261
7.4.1	Inleiding	261
7.4.2	Gerechtelijke instanties	261
7.4.3	Lijnen uit de jurisprudentie	262
	<i>Loyale houding</i>	262
	<i>Afweging van grondrechten</i>	265
	<i>Verband tussen identiteitseis en functie</i>	268
	<i>Tendenzträger</i>	271
	<i>Aantasting tendenskarakter</i>	273
7.4.4	Kritiek Europese Commissie	274
7.4.5	Conclusie	276
7.5	Rechtsvergelijking	277
7.5.1	Inleiding	277
7.5.2	Deelgebieden	278
	<i>Arbeitsrecht</i>	278
	<i>Grundgesetz (GG)</i>	278
	<i>Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)</i>	279
	<i>Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)</i>	280
	<i>Tarifvertragsgesetz (TVG)</i>	281
	<i>Kündigungsschutzgesetz (KSchG)</i>	281
	<i>Lijnen uit de jurisprudentie</i>	281
	<i>Kritiek Europese Commissie</i>	283

Hoofdstuk 8: Synthese

8.1	Inleiding	285
8.2	Structuur van de tendensinstelling	285
8.2.1	Inleiding	285
8.2.2	Kenmerken	285
	<i>Term tendensinstelling</i>	285
	<i>Kenmerken</i>	286
8.2.3	Categorisering	287
	<i>Afbakening in wetgeving</i>	287
	<i>Categorisering</i>	288
	<i>Rechtspersoonsoormen</i>	289
8.2.4	Gradaties in tendenskarakter	290

8.3 Positie van de tendensinstelling	291
8.3.1 Inleiding	291
8.3.2 Duitsland als voorbeeld	291
8.3.3 Status in het arbeidsrecht	292
8.4 Arbeid in de tendensinstelling	293
8.4.1 Inleiding	293
8.4.2 Afwegingskader	294
<i>Voorschriften en afspraken</i>	294
<i>Identiteit in de CAO</i>	294
<i>Aard werkgeverschap</i>	295
<i>Inhoud functie</i>	295
<i>Concretisering gedragseisen</i>	296
<i>Einde arbeidsovereenkomst</i>	296
<i>Afwegingskader</i>	297
8.4.3 Beroep op grondrechten	298
8.4.4 Medezeggenschap op maat	300
<i>Kracht van het collectief</i>	300
<i>Flexibiliteit in wetgeving</i>	301
8.4.5 Doordachte geschilprocedures	305
<i>Voorportaal rechter</i>	305
<i>Kerkelijke procedure</i>	305
<i>Commissie van beroep</i>	306
 Samenvatting	 309
 Summary	 321
 Jurisprudentie	 333
 Afkortingen	 341
 Literatuur	 343
Boeken, bundels en bijdragen	343
Adviezen, nota's en rapporten	365

Voorwoord

Een voorwoord is vooral een naschrift. Dit woord vooraf markeert een periode waarvan ik bij aanvang niet had durven hopen deze, in voorbereiding op de promotie, met een proefschrift te mogen afronden.

Toen ik begon, stond de godsdienstige en levensbeschouwelijke identiteitsinstelling niet bepaald in het middelpunt van de belangstelling. Het leek erop dat ik een onderwerp in de marges van het arbeidsrecht zou gaan uitdiepen. Tot mijn verrassing heb ik deze veronderstelling achterhaald zien worden. Op zowel politiek, maatschappelijk als juridisch terrein hebben afgelopen jaren ontwikkelingen die rechtstreeks of minder direct verband met de positie van de tendensinstelling als werkgever in het arbeidsrecht houden, elkaar in snel tempo opgevolgd. Ook vanuit de invalshoeken van het staatsrecht en bestuurskunde, mijn natuurlijke oriëntatie, heb ik elementen kunnen inbrengen. Het is mijn wens dat de zaken die ik mocht bestuderen, becommentariëren en structureren een bescheiden bijdrage mogen leveren aan het doordacht positioneren van op godsdienst en levensbeschouwing geïnspireerde organisatievorming. Naar mijn mening hoort het waarborgen van de vrijheid van het individu met een zorgvuldige omgang met de vrijheid van het collectief samen te gaan.

Werken aan een proefschrift heeft wat van een bergbeklimming weg. Wanneer een vergelijking te ver wordt doorgetrokken, vertekent de beeldspraak de werkelijkheid. Toch heeft de denkbeeldige berg mij de afgelopen jaren vaak voor ogen gestaan. Een tijdlang zijn in de verte slechts wazige contouren zichtbaar. Dan neemt de gedachte ooit een proefschrift te willen schrijven, vaste vormen aan. Aan het begin vindt een terreinverkenning plaats. Deze gaat geleidelijk in de eigenlijke beklimming over. Steeds verder leidt de tocht door een woud van kennis omhoog. Een woud vol literatuur biedt inspiratie, terwijl de bomen meteen het zicht op de juiste route kunnen ontnemen. Plotselinge lichtpuntjes van inzicht verschijnen, of ze verdwijnen net zo plotseling. Paden van logica nemen verrassende wendingen. Soms zijn gedurfde stappen nodig om vooruit te komen. Rond dwalen in doornig struikgewas van oppervlakkigheid zorgt voor oponthoud. Onontkoombaar is het manoeuvreren langs kloven van onsamenvangendheid en ravijnen van peilloze nietszeggendheid. Beken sprankelende jurisprudentie banen gretig hun weg naar de bewoonde wereld. In donkere poelen liggen diepe, soms ondoordringelijke wijsheden verborgen. Op den duur komt de boomgrens in zicht. Tegen die tijd neemt de beschutting voor de elementen van opbouwende kritiek en commentaar in snel tempo af. Tegelijk voelt de ondergrond op dit deel van de reis steviger aan. Oneffenheden laten zich daardoor sneller voelen. Bij een aantal bochten in het pad lijkt het einddoel echter verder uit het zicht te raken. De terugweg naar het hoofdpad, wanneer bij een splitsing de verkeerde richting is ingeslagen, kan wel eens lang lijken. Na verloop van tijd komen toch de laatste meters in zicht. De terugblik op de weg, de haarspeldbochten die van boven bekeken zo keurig op elkaar aansluiten,

het donkere bos dat op afstand slechts een wazige vlek is, beneden het dal – het is er een van voldoening en verwondering.

Zoals ik deze route heb beschreven, lijkt het alsof het een eenzame klimpartij was. Iedere schrijver van een proefschrift zal een soortgelijke ervaring delen. Maar eenzaam is niet altijd alleen. Richt ik de blik omhoog, dan zie ik boven op de berg een kruis. Voor mij verwijst dat naar God, Wie ik dankbaar ben voor het mogen volbrengen van deze tocht.

Daarbij wil ik vooral niet onvermeld laten hoe twee gidsen mij hebben bijgestaan. Prof. mr. dr. W.A. Zondag, om te beginnen, heeft het aangedurfd mij als promovendus te begeleiden. Zeker achteraf vraag ik me af hoe een hoogleraar arbeidsrecht de moed heeft opgebracht iemand die niet in een specifiek juridisch vakgebied werkzaam is en die zeker geen arbeidsrechtsspecialist is, toch de berg op te sturen. Zijn enthousiasme, zijn tomeloze energie en zijn streven naar compromisloze kwaliteit hebben me tot het verrichten van een tocht aangezet waartoe ik mijzelf niet uitgerust achtte. Wijnand, bedankt! Prof. mr. dr. F.T. Oldenhuis, hoogleraar recht en religie, heeft zich daarbij gevoegd. Toegankelijk, correct, strikt op de hoofdlijn, streng op details. Altijd bereid aanwijzingen te geven en hulp te bieden wanneer dat nodig was. Zijn visie is van fundamentele waarde gebleken. Nieuwe wegen konden worden verkend, de studie heeft aan diepgang gewonnen. Fokko, bedankt!

Over eenzaamheid gesproken, ontmoetingen onderweg bieden inspiratie en dragen bij aan het welslagen van de reis. Enkele namen noem ik, zonder de betekenis en bijdrage van hier niet genoemde personen te willen veronachtzamen. Mijn voormalige werkgever Reformatorisch Dagblad, die mij in de personen van in het bijzonder ir. B. Visser en dhr. W.B. Kranendonk gelegenheid bood dit proefschrift te gaan schrijven. Mr. T. Mulder, vanwege haar scriptie over medezeggenschapswetten. Mr. dr. A.H. Santing-Wubs, die het onderdeel alternatieve geschilbeslechting geduldig en nauwgezet van commentaar voorzag. Prof. mr. dr. A.H.M. Dölle, prof. dr. A.T.J.M. Jacobs en prof. dr. G.J. Vonk die zitting wilden nemen in de beoordelingscommissie. Zij hebben tijd en moeite genomen het manuscript bijzonder grondig, met geslepen messen in de aanslag zelfs, door te nemen. Hun terechte en welkome commentaar heeft tot noodzakelijke verbeteringen van de tekst geleid. Ik noem mijn vader en moeder aan wie ik zo veel heb te danken. Ouders die verder vooruit durfden te kijken dan ik zelf. Ook mijn schoonmoeder, die weet dat werken met het hoofd net zo goed mogelijk is als arbeiden met de handen. Onze kinderen Carolien, Annemarij, Matthijs, Esther en Thirza die hier toch zeker ook een plekje verdienen. Onze kinderen, want mijn vrouw komt een bijzondere plaats toe. Zij heeft deze tocht vanaf het begin gesteund en meegemaakt. Om die reden besluit ik met de opdracht: *voor Grietje*.

Staphorst, 21 maart 2012

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Inleiding

Hoofdstuk 1 bevat het inleidende hoofdstuk. Paragraaf 1.2 zet het onderwerp van de studie uiteen. Paragraaf 1.3 duidt de ruimte voor de tendensinstelling historisch, juridisch, maatschappelijk en politiek. Paragraaf 1.4 werkt daarop naar de vraagstelling toe die in deze studie centraal staat. Paragraaf 1.5 blikt vooruit hoe in de hoofdstukken 2 tot en met 7 en de aansluitende synthese in hoofdstuk 8 de tendensinstelling als werkgever in het arbeidsrecht zal worden besproken.

1.2 Studieobject

Waarin stemmen een protestantse politieke partij, een rooms-katholieke school, een humanistische uitgever en een islamitisch ziekenhuis overeen?¹ Het antwoord ligt in het bijvoeglijke naamwoord besloten. Onderwerp van deze studie zijn instellingen die vanuit godsdienst of levensbeschouwing hun doelstellingen nastreven. Het gaat om een herkenbare groep met een prominente plaats in het maatschappelijke, politieke en juridische debat. Een aantal voorbeelden uit het maatschappelijke en politieke discours zal tastbaar maken over wat voor soort instellingen deze studie gaat en welke juridische vragen hun posities oproepen. Centraal staat de positie van de werkgevers. Om deze helder belicht te krijgen, zal natuurlijk ook naar die van de werknemers worden gekeken.

De meest vooraanstaande vertegenwoordiger van een instelling waarvan de doelstelling onlosmakelijk met godsdienst of levensbeschouwing is verbonden, is de kerk. Een kerk zonder godsdienst is alleen als innerlijk tegenstrijdige constructie denkbaar. Dit eenvoudige vertrekpunt laat onverlet de vragen die bij de doordiening van de positie van het kerkgenootschap kunnen rijzen. In de afgelopen jaren is een hernieuwde belangstelling zichtbaar voor de verhouding van overheid en godsdienst in Nederland.² In verschillende bundels wordt het terrein van het religieuze organisatievermogen verkend.³ In een tijd van individualisering kan de rol van een instituut als de kerk voor de samenleving als geheel toenemen.⁴ Maar een fundamenteel verschil van inzicht over de rol van kerken voor de sociale cohesie en

1 *Handelingen II* (Aanhangsel), 2006/07, nr. 237, p. 503, 504.

2 Maussen 2009, p. 131.

3 Kerk, recht en samenleving 1997, Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat? 2004. Grondrechten 2004. *Schuurende relaties* 2007. Rechtsstaat en religie 2009.

4 *Reformatorisch Dagblad* 30 januari 2009, 'Scheiding kerk en staat ter discussie'.

daarmee ook over de positie van kerken in het maatschappelijk verkeer is mogelijk.⁵

Kerken stellen hun eisen aan medewerkers. Zo moet de adjunct-econoom van het Bisdom 's-Hertogenbosch praktiserend rooms-katholiek zijn en het parochieleven van binnenuit kennen. Kort en krachtig formuleert het bisdom: 'De Kerk gaat u ter harte'.⁶ Meelevend lid zijn van de Protestantse Kerk in Nederland wordt weer vereist van een kerkelijk werker voor de protestantse wijkgemeente Koningshof in Maassluis. Dezelfde eis stelt De Jacobuskerk, wijkgemeente van de Protestantse Kerk Amsterdam.⁷

Over Amsterdam gesproken, de gemeenteraad van deze wereldstad neemt bij het vaststellen van een notitie over het tegengaan van discriminatie een motie aan die het college van burgemeester en wethouders oproept voortaan geen zaken meer te doen met zorg- en welzijnsorganisaties die hun personeel selecteren op basis van religieuze overtuiging.⁸ Instellingen als Youth for Christ, het Leger des Heils en het Scharlaken Koord moeten hun personeelsbeleid aanpassen als zij met de gemeente willen blijven samenwerken, of anders hun activiteiten staken.⁹

Wat voor soort instellingen met welk personeelsbeleid zijn een doorn in het oog van de gemeenteraad van Amsterdam? Een korte blik op de drie genoemde instellingen brengt helderheid. Eerst Youth for Christ Nederland, dat deel uitmaakt van een internationaal netwerk van instellingen dat in 120 landen actief is met allerlei jongerenwerk.¹⁰

'Youth for Christ (YfC) laat jongeren zien hoe groot Gods liefde is. Voor YfC zijn ruim 150 medewerkers en 4.000 vrijwilligers actief. YfC richt zich op jongeren van 10 tot 23 jaar. Ongeacht huidskleur, geloof of achtergrond bouwt YfC aan relaties die groei mogelijk maken op sociaal, emotioneel, fysiek en geestelijk vlak.'

Youth for Christ, een instelling dus voor jongerenwerk, heeft een vacature voor de post juf of meester bij het Tapologo Day Care Centre in Botswana. Om vanuit de overtuiging van YfC in Botswana werkzaam te kunnen zijn, meldt de vacature dat de meester of juffrouw overtuigd christen moet zijn.¹¹ Vervolgens het Scharlaken Koord. De instelling voor vrouwen die in de prostitutie werken, ontwikkelt preventieactiviteiten en uitstapprogramma's en doet aan andere vormen van hulpverlening. Het Scharlaken Koord omschrijft de missie als volgt:¹²

'Onze missie is professionele en betrokken hulp bieden aan meisjes en vrouwen in de prostitutie door middel van preventie-, straat- en maatschappelijk werk vanuit een christelijke visie en met respect voor de keuze en opvattingen van elke vrouw.'

5 Bijvoorbeeld Den Boef 2004, p. 58, versus Manenschijn 2004, p. 84. Zie ook Brunner 1997.

6 <<http://www.bisdomdenbosch.nl/common/streamfile.aspx?documentid=4541>>.

7 Kerkinformatie 2007 (nr. 148, mei 2007), p. 31.

8 Raad Amsterdam 18 november 2009, *Gemeentebblad* afd. 1/763, 'Aanpak Discriminatie Amsterdam 2009-2010'. Raad Amsterdam 18 november 2009, *Gemeentebblad* afd. 1/835, Motie - Flos, Boelhouwer, Straub (C).

9 Het college van burgemeester en wethouders moet in contracten met organisaties die werk voor de gemeente Amsterdam verrichten, als voorwaarde opnemen dat deze functies niet exclusief worden opengesteld voor een specifieke groep mensen met uitsluiting van andere groepen.

10 <<http://www.yfc.nl/>>.

11 <<http://www.yfc.nl/>>.

12 <<http://www.totheildesvolks.nl/nl/>>.

Voor de vacature maatschappelijk werker heeft de missie als consequentie dat het profiel een identiteitseis bevat:¹³

‘Van onze medewerkers verwachten wij dat ze een levend geloof in Jezus Christus hebben en betrokken zijn bij een kerkelijke gemeente. Daarnaast geloven zij in de Bijbel als het gezaghebbende Woord van God en staan zij achter de missie van Tot Heil des Volks.’

Afsluitend het Leger des Heils, wellicht de bekendste uit het rijtje. Evenals het Scharlaken Koord en Youth for Christ richt de instelling zich op een brede doelgroep:¹⁴

‘Het Leger des Heils is een internationale beweging en behoort tot de universele christelijke kerk. Zijn boodschap is gebaseerd op de Bijbel. Zijn dienstverlening wordt gestimuleerd door de liefde tot God. Zijn opdracht is het Evangelie van Jezus Christus te prediken en in zijn naam menselijk nood te lenigen zonder enige vorm van discriminatie.’

Voor de vacature ambulant woonbegeleider verwacht het Leger des Heils van de kandidaat een ‘positief christelijke geloofsovertuiging’ en het onderschrijven van de doelstelling van de ‘Stichting Leger des Heils Welzijns- en Gezondheidszorg’.¹⁵

De drie genoemde instellingen zijn actief op het vlak van de maatschappelijke zorg. Behalve instellingen met uiteenlopende activiteiten op het maatschappelijk middenveld zijn ook onderwijsinstellingen voorwerp van discussie. Ten aanzien van reformatorische scholen spitst de discussie zich in het bijzonder toe op de positie van de homoseksuele leraar.¹⁶ Het gaat om de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van onderwijs versus het beginsel van gelijke behandeling. Bij islamitische scholen staat vooral de integratie centraal.¹⁷ In beide gevallen is de vraag op de achtergrond in hoever een minderheid in de samenleving het recht heeft de eigen, van de meerderheid afwijkende identiteit in het organisatorisch verband van het onderwijs tot uiting te brengen.

Wat voor instellingen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit in Amsterdam geldt, is ook van toepassing op instellingen van bijzonder onderwijs in Staphorst. De ideologische drijfveren zijn van beslissende betekenis. Art. 3 Statuten van de schoolvereniging stelt over de grondslag:¹⁸

‘Het doel van de vereniging is de stichting en instandhouding van scholen met de Bijbel te Staphorst. Haar grondslag is het eeuwig, onveranderlijk Woord van God.

13 <<http://www.totheildesvolks.nl/nl/>>.

14 <<http://www.legerdesheils.nl/missie/>>.

15 <<http://www.werkenbijhetlegerdesheils.nl/>>.

16 *nrcnext.nl* 30 november 2009, ‘Jonge liberalen bezoeken met slappe knieën reformatorische school’ <<http://www.nrcnext.nl/blog/2009/11/30/jonge-liberalen-bezoeken-met-slappe-knieen-reformatorische-school/>>. CNV 24 november 2010, Amersfoort, *Onderwijs Congres: Vrijheid in het onderwijs*.

17 *Trouw* 5 december 2006, ‘Schoolprestaties/Kwaliteit van islamscholen is de kwestie niet’. Shadid 2003.

18 Statuten van de Vereniging tot stichting en instandhouding van scholen met de Bijbel te Staphorst.

Haar beginsel is dat de volksopvoeding en het volksonderwijs geheel in overeenstemming moeten zijn met de in de Bijbel geopenbaarde wil van God.'

Over de gevolgen van het niet beantwoorden aan de grondslag laat art. 8 onder e van de Statuten geen misverstand bestaan. Met inachtneming van de wettelijke bepalingen zullen personeelsleden die weigeren zich aan de grondslag te houden, ontslag krijgen. Vanuit een volstrekt andere invalshoek maakt de visie en missie van Tarieq Ibnou Ziyad uit Eindhoven inzichtelijk hoe religie ook voor deze basisschool de ultieme drijvende kracht is:¹⁹

'Tarieq Ibnou Ziyad wenst dat de basisschool een plek is waar kinderen graag vertoeven en zich veilig voelen. Naast de cognitieve, sociaal-emotionele en geestelijke ontwikkeling van het kind, wordt ook de beleving van het islamitische geloof gestimuleerd. De school ziet het als een opdracht kwalitatief goed onderwijs te verzorgen aan moslimkinderen van alle nationaliteiten en aan eenieder die zich kan vinden in de uitgangspunten van de school. De opvoeding van de kinderen wordt in belangrijke mate bepaald door de waarden en de normen vanuit de islamitische belevingswereld (zoals die zijn opgeschreven in de heilige Qoraan en overgeleverd in de Sunnah) en de waarden die in het kader van actief burgerschap en sociale integratie zijn geformuleerd.'

Het vermag geen verbazing te wekken dat RK Basisschool De Oversteek in Liempde op zijn beurt een directeur/bestuurder zoekt die vanuit een rooms-katholieke inspiratie en maatschappelijke betrokkenheid handelt.²⁰ Waarbij achter de vraag aan welke vereisten een katholieke inspiratie nu precies moet voldoen voor alle actoren in het rooms-katholieke onderwijsveld, een boeiende discussie schuilgaat.²¹

Hoe diepgaand, breed en heftig de discussie is over instellingen van bijzonder onderwijs, laat zich optekenen uit een lange reeks opiniestukken.²² Een niet onbelangrijke uitloper van deze discussie is te vinden in het regeerakkoord van VVD en CDA dat de basis vormt van het kabinet Rutte I. Vrijheid van onderwijs staat daarin als fundament van onze constitutie benoemd.²³

Het overwegend belang van ideologische drijfveren valt tot in het bedrijfsleven door te trekken. Een bedrijf dat zich als betrouwbare leverancier van verantwoord nieuws en informatie profileert, zal nieuws anders waarderen en presenteren dan een krant die onder het motto: 'All the news that's fit to print' groot is geworden.²⁴ Een specifieke godsdienstige identiteit kan verhinderen dat een instelling nieuwswaardig nieuws klakkeloos publiceert.

19 <http://www.tarieq.nl/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=43>.

20 <<http://www.bondkbo.nl/nieuws/992-vacature-rk-basisschool-de-oversteek-in-liempde>>.

21 *Radio 5, Kruispunt Radio* 4 december 2010, 'Is het katholiek onderwijs katholiek genoeg?'

22 <<http://www.vrijheidvanonderwijs.nl/opinie.php>>.

23 *Vrijheid en verantwoordelijkheid* 2010, p. 3.

24 *Reformatorisch Dagblad*, een uitgave van Erdee Media Groep, respectievelijk *The New York Times*. De werkwijze van Julian Assange (WikiLeaks) zou als overtreffende trap van 'All the news that's fit to print' kunnen worden beschouwd.

Hoe uiteenlopend de genoemde kerken, maatschappelijke instellingen, scholen of media onderling ook zijn, het gaat om een groep instellingen die zich gezamenlijk kenmerken door het gewicht dat aan hun godsdienstige of levensbeschouwelijke drijfveren toekomt. Deze identiteit maakt hen tot wat zij zijn, geeft hun bestaansrecht. Over deze instellingen gaat het.

1.3 Vraagstelling

Godsdienst en levensbeschouwing zijn onbetwiste bronnen van collectieve en individuele oriëntatie. Zij maken in een democratische samenleving per definitie onderdeel uit van de publieke sfeer en van de discussies die er worden gevoerd.²⁵ Individuele vrijheid kan slechts gedijen wanneer het collectieve aspect in acht wordt genomen. Instellingen die vanuit een specifieke godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit hun doelstellingen nastreven, vormen een bijzondere uiting van collectief organisatievermogen. De aanvaarding hiervan vereist dat daarvoor in juridische zin ruimte wordt gelaten.²⁶ Een studie naar de positie van kerken en andere instellingen die tot deze groep horen, is een studie naar de waarborgen die de Nederlandse rechtsstaat biedt om pluriformiteit gestalte te kunnen en mogen geven.²⁷

Het voorbeeld van de door de gemeenteraad van Amsterdam aangenomen motie geeft in de kern weer waar het om draait. Een nieuwsbericht op de website van de PvdA in de hoofdstad maakt inzichtelijk waarom een juridisch kader noodzakelijk is:²⁸

‘Kijk, het is begrijpelijk dat je niet iemand in dienst wilt nemen die zich helemaal niet kan vinden in de principes van een organisatie waarvoor hij of zij gaat werken, maar daar kom je tijdens een sollicitatiegesprek wel achter. Trouwens, zo iemand zal ook niet snel op zo’n baan solliciteren. (...) Natuurlijk verwacht je wel dat een sollicitant affiniteit heeft met de organisatie waar hij/zij wil gaan werken, anders kun je er niet goed functioneren. Je moet je bij een club thuis voelen, of die club een religieuze (of ander soort) grondslag heeft of niet. Maar het is ook niet zo dat je niet geschikt zou kunnen zijn om voor het Leger des Heils te werken als je niet lid bent van een kerk.’

Een beknopte analyse levert de volgende uitkomst op. Het is begrijpelijk dat het Leger des Heils mensen in dienst wil hebben die zich in de principes van de instelling kunnen vinden. Een sollicitatieprocedure is een aangewezen mogelijkheid daar achter te komen. Het ligt in de rede dat kandidaten die zich niet in de identiteit van het Leger des Heils kunnen vinden, niet zullen solliciteren. Een paar zinnen zetten

25 Borgman 2009, p. 58, 59.

26 In de voortdurende zoektocht naar de beste inrichting van de samenleving mag de verhouding tussen overheid en particuliere organisaties zich op belangstelling verheugen. Vermeulen 2009, p. 102, 103.

27 Over de waarde van pluriformiteit: Hirsch Ballin 2010, p. 45-50. Over de precieze definitie van de term rechtsstaat bestaat geen eenduidigheid. Als vier eisen gelden: het legaliteitsbeginsel, scheiding van de machten conform het model van Montesquieu, onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de bescherming van fundamentele rechten. Heringa e.a. 2011, p. 13.

28 *PvdA Amsterdam* 20 november 2009, ‘Raad steunt anti-discriminatiemaatregel’ (nieuwsbericht). <<http://www.amsterdam.pvda.nl/>>.

deze aanname kracht bij. Dan de conclusie. Of iemand geschikt is voor het Leger des Heils te werken, bepaalt uiteindelijk de gemeenteraad van Amsterdam. Want ook 'als je niet lid bent van een kerk' zou je best geschikt kunnen zijn om voor het Leger des Heils te werken.

Deze stellingname gaat eraan voorbij dat een instelling met een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit slechts kan bestaan bij de gratie van medewerkers die de identiteit ondersteunen. Het ontzeggen van het recht werknemers te selecteren op identiteit legt de bijl aan de wortel van het bestaansrecht van dergelijke instellingen. Tegelijk is de vraag gerechtvaardigd hoever zulke instellingen dan wel mogen gaan om hun identiteit te waarborgen. Want het tegengaan van discriminatie, wat de motie beoogt, is een wettelijke opgave. Tegelijk is alleen al vanuit het oogpunt van gelijke behandeling een ongenueanceerde benadering niet op zijn plaats.²⁹

Zoeken naar de mate waarin religieuze uitingen in het publieke domein een plaats toekomt, is zoeken naar de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.³⁰ Wat voor individuele uitingen geldt, geldt voor uitingen in collectief verband, ook wanneer deze organisatorisch gestructureerd vorm krijgen. Een organisatorisch verband met een identiteit die tot een in de grondslag vastgelegd godsdienstig of levensbeschouwelijk karakter is te herleiden, valt als godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteitsinstelling aan te merken. In deze studie zal de benaming tendensinstelling worden gebruikt.³¹ Om de identiteit in praktijk te kunnen brengen, stelt de tendensinstelling terzake specifieke eisen aan de werknemers. De kernvraag luidt:

Welke rechtspositie heeft de tendensinstelling in de hoedanigheid van werkgever in het (Nederlandse) arbeidsrecht?

De tendensinstelling heeft rekening te houden met de randvoorwaarden, ruimte en begrenzingen van het Nederlandse recht, in het licht van het internationale recht. Een wezenlijk aspect daarin vormt de waardering van grondrechten. Het beoordelen van de positie van de tendensinstelling in het arbeidsrecht is een zoektocht naar een evenwichtige verhouding tussen de individuele belangen van werknemers en het collectief belang dat de werkgever vertegenwoordigt.

1.4 Rechtsstaat en maatschappij

1.4.1 Inleiding

De tendensinstelling als concept moet in de praktijk ruimte krijgen. Daarvoor is er-

²⁹ CGB-advies *Wervingsbeleid Amsterdam* 2010. *Derde Evaluatie Awgb* 2011, p. 12, 14.

³⁰ *Schurende relaties* 2007, p. 17.

³¹ Paragraaf 2.4.2 licht de keuze voor het gebruik van de benaming tendensinstelling toe. Paragraaf 2.5.2 werkt de inhoudelijke kenmerken van de tendensinstelling uit.

kenning nodig van de eigenstandige positie die de tendensinstelling inneemt. Deze paragraaf werkt het rechtsstatelijk perspectief en de maatschappelijke context van de vraagstelling naar de rechtspositie van de tendensinstelling uit.

1.4.2 Rechtsstatelijk perspectief

Historisch-juridische duiding

Voor het kunnen stellen van identiteitseisen in de context van de arbeidsverhouding heeft de tendensinstelling een juridische basis nodig. Ruimte toekennen aan de tendensinstelling maakt het noodzakelijk tolerantie van een relevant rechtskader te voorzien. Tolerantie moet verder strekken dan het doen uitgaan van louter onverplichtende morele appèls.³²

De Nederlandse staatsinrichting geeft de uitgangspunten van het rechtskader voor de tendensinstelling. Tot de kern daarvan behoort de godsdienstvrijheid. De oorsprong van de grondrechten is onlosmakelijk met de vrijheid van godsdienst en geweten verbonden.³³ Een belangrijk markeringspunt is in de beginselverklaring van de Unie van Utrecht te vinden.³⁴ Wöltgens haalt het slot van art. XIII Unie van Utrecht, dat ‘tpoint van der religie’ uitwerkt, aan om de stelling kracht bij te zetten dat de rechtsstaat in de godsdienstvrijheid zelfs zijn legitimatie vindt.³⁵

‘De staat gedraagt zich alsof de mensen dankbaar moeten zijn voor de ruimte die de staat aan de godsdienst geeft – en wie geeft kan ook nemen. Wie zo denkt vergeet iets essentieels. De godsdienstvrijheid wordt niet gelegitimeerd door de staat, maar de (rechts)staat wordt gelegitimeerd door de godsdienstvrijheid. Die vrijheid constitueert (samen met andere grondrechten) de staat.’

De tendensinstelling geeft collectief en organisatorisch uiting aan het fundamentele recht van godsdienstvrijheid, dat tolerantie een juridische basis verleent. In de literatuur wordt vanuit uiteenlopende invalshoeken bijgedragen aan de gedachte

32 Anders: Rosier 2000. Over de ratio van het binnen de sfeer van een geloofsgemeenschap kunnen afdwingen van een interne orde: Besselink 2010, p. 7, 8.

33 De functie van grondrechten is in de Jellinek-school in de eerste plaats het afbakenen van een domein dat vrij is van de staat, een domein derhalve dat de overheid moet vrijlaten en eerbiedigen. Deze visie zou zijn wortels vinden in de kring van mensen die in de zeventiende eeuw om het geloof naar Noord-Amerika zijn uitgeweken. Van der Pot verwijst voor een soortgelijke stellingname naar Kuiper. Van der Pot 2006, p. 257. Een nadere onderbouwing voor deze gedachte is te vinden in de verhandeling over de origine van grondrechten: Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 29-50.

34 In de Unie van Utrecht van 20 januari 1579 verbond een aantal Nederlandse gewesten zich in de strijd tegen Spanje. De overeenkomst regelde een aantal staatkundige zaken, onder meer op het gebied van de godsdienst. Onder meer de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring, de ‘Declaration of Independence’, ontleent er inspiratie aan. Art. XIII Unie van Utrecht legt vast dat de gewesten religie ieder naar eigen inzichten mogen reguleren, mits ‘dat een yder particulier in zijn religie vrij sal moegen blijven ende dat men nyemant ter cause van de religie sal moegen achterhaelen ofte ondersoucken’. Uitgebreid: H. Batjes, ‘Unie van Utrecht (1579)’, in: H. Batjes & B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 30-50. Zie ook: Bunschoten 2009, p. 17.

35 Wöltgens 2006, p. 231.

dat het in Hoofdstuk 2 uit te werken concept van de tendensinstelling een hecht ankerpunt vindt in het ontstaan van het Nederlandse staatsbestel en in de verdere geschiedenis. In de optiek van Kennedy ligt de vrijheid van minderheden zonder dwang van de overheid hun geweten te volgen, aan de basis van de moderne orde.³⁶ Een levensvatbare staat wordt volgens Borgman gedragen door levensbeschouwelijke en religieuze gemeenschappen, die zich ook in haar moeten kunnen herkennen. De staat is immers per definitie de staat van concrete groepen.³⁷ Dercon plaatst de mogelijkheid tot een zekere mate van bestuurlijke autonomie in het kader van de Nederlandse traditie die de eigenheid van religieuze, levensbeschouwelijke, culturele of etnische groepen bescherming biedt.³⁸ Het inzicht dat religie voor grote bevolkingsgroepen een zeer wezenlijke drijfveer is, motiveert Van den Burg & Klink tot de stellingname:³⁹

‘Vrijheidsrechten zijn er (onder meer) voor alle religies en identiteitsgebonden instellingen in Nederland: ook voor godsdienstige (zoals islamitische) instanties. Wie pleit voor een verplichte neutrale status van scholen, welzijnsinstellingen, media etc. miskent de betekenis van religie voor mensen, miskent hun recht om deze ook maatschappelijk tot uitdrukking te brengen en miskent ten diepste het democratische karakter van de Nederlandse staat. De overheid ruimt op het publieke domein dan ook ruimhartig plaats in voor geloofsgemeenschappen en ideële instellingen als cultuurdragers, ook van waarden die de rechtsstaat dragen.’

Deze stellingname voegt een element van wederkerigheid toe aan het uitgangspunt van een in historisch en juridisch opzicht gelegitimeerde ruimte voor de tendensinstelling. Een overheid die ruimte laat voor pluriformiteit en opvattingen die van de hoofdstroom afwijken, vraagt een (kritische) identificatie met de basiswaarden van de rechtsstaat.⁴⁰ Door hun ideeën verantwoorden tendensinstellingen niet alleen een zekere mate van autonomie ten opzichte van de rest van de samenleving, maar vervullen ze ook een kritische functie ten opzichte van de gangbare opvattingen daarbinnen. Alleen al om die reden zou aan de tendensinstelling een bijzondere plaats kunnen worden toegekend.⁴¹ Overbeeke & Geudens spreken in dit verband over de verantwoording van de identiteitsgebonden onderneming vanuit maatschappelijk oogpunt.⁴²

Alles bijeen is de overheid op grond van in de ontstaansgeschiedenis gewortelde, fundamentele uitgangspunten van de Nederlandse staatsinrichting gehou-

36 *Trouw* 17 juni 2005, ‘Tolerantie is niet meer neutraal’.

37 Borgman 2009, p. 49.

38 Voorwaarde voor Dercon is dat de inrichting van de eigen kring in voldoende mate op de vrijwilligheid van de leden berust. Dercon 2009, p. 210, 211.

39 Van den Burg & Klink 2003, p. 120, 121.

40 Van den Burg & Klink 2003, p. 45, 47. Zie ook: *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 268, nr. 9, p. 11. De afbakening van deze basiswaarden blijft in het licht van de tijd en veranderende opvattingen aan discussie onderhevig. De eis van een (kritische) identificatie met kernwaarden van de rechtsstaat moet geschieden met inachtneming van pluriformiteit. Zo niet, dan dreigt deze eis tot het opleggen van waarden en normen van meerderheden aan minderheden te ontaarden. Meer hierover in paragraaf 1.4.3.

41 Zie ook: Woldring 2000, p. 231-242.

42 De andere verantwoording zoeken Overbeeke & Geudens in de botsing van grondrechten. Overbeeke & Geudens 2003, p. 651.

den tot het waarborgen van juridische ruimte om de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging collectief en organisatorisch te kunnen laten vormgeven. In de tolerantie die hieraan ten grondslag ligt, zit een element van wederkerigheid besloten. Voor een geslaagd beroep op een zekere mate van autonomie mag van de tendensinstelling een (kritische) identificatie met de basiswaarden van de rechtsstaat worden verwacht.

Verhouding kerk en staat

Het historische en juridische perspectief biedt een rechtsstatelijke basis om ruimte voor de tendensinstelling te creëren. Erkenning van het belang van het organisatorische aspect van religie in het publieke domein werpt vervolgens de vraag naar de duiding van de verhouding tussen kerk en staat op. Past daarbij het bestaan van specifieke regelingen ter wille van de organisatievorming van minderheden?

Als geseculariseerd immigratieland lijkt Nederland meer belangstelling te krijgen voor het gegeven dat het belijden van een godsdienst doorgaans doorwerkt in de wijze waarop de belijder ervan zich in het openbare leven manifesteert.⁴³ De scheiding van kerk en staat is een veelvuldig gehanteerd argument voor het beperken of terugdringen van de rol van religie uit het publieke domein tot het domein van het privéleven.⁴⁴ Met name islamitische organisatievorming geeft aanleiding tot een behoedzame dan wel afwijzende houding.⁴⁵

Omdat de scheiding van kerk en staat een gangbaar begrip is, is het des te meer van belang stil te staan bij het feit dat het in feite niets meer en minder betreft dan het beginsel van wederzijdse onthouding van institutionele zeggenschap over en inhoudelijke inmenging in de onderscheiden domeinen:⁴⁶

‘Het beginsel van de scheiding van kerk en staat is een fundamenteel uitgangspunt voor de inrichting van de huidige Nederlandse democratische rechtstaat. Het beginsel als zodanig staat echter niet in de Nederlandse Grondwet, noch in enige andere wettelijke bepaling. Er is ook niet veel jurisprudentie over. Het beginsel mag grondwettelijk en rechtsstatelijk overkomen, in feite is het vooral een politieke afspraak tussen kerkelijke en wereldlijke machthebbers geweest om niet te zeer in elkaars vaarwater te komen.’

De aanvaarding van het scheidingsbeginsel zegt op zichzelf nog niets over de hou-

43 Holdijk 2004, p. 34. Idem: *Schurende relaties* 2007, p. 5, 12. Bunschoten 2009, p. 18.

44 Van der Zwaag signaleert in een kort overzicht over de verhouding van kerk en staat een blijvende spanning tussen ‘de geestelijke vrijheid en de pretenties van de overheid’. Van der Zwaag 1999, p. 456-461.

45 *Scheiding van Kerk en Staat* 2006, p. 1, 2. Borgman spreekt over Überfremdungsangst. Borgman 2009, p. 75. Van Bijsterveld wijst erop dat het afschaffen of minimaliseren van de juridische betrekkingen tussen kerk en staat een miskenning inhoudt van de doorwerking van religieuze opvattingen op ieder maatschappelijk vlak. Godsdienst is meer dan het huldigen en uiten van een opvatting. Het grijpt veel dieper in levenshouding en levenswijze in. Van Bijsterveld 2004, p. 15.

46 *Scheiding van Kerk en Staat* 2006, p. 3, 4. Het beginsel moet worden gezien in het licht van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6 GW) en het recht op gelijke behandeling (art. 1 GW). In dezelfde zin: Van Bijsterveld: <<http://www.cioweb.nl/cio/index.php?id=96>>. Zie voor een historisch overzicht: Van der Zwaag 1999, p. 249-270.

ding van de staat ten aanzien van religie.⁴⁷ Een duidelijk beschrijvend model is de schaalverdeling in vijf varianten van Vermeulen. Met voorbijgaan aan de uiterste varianten atheïstische staat en theocratische staat komt Vermeulen tot een drietal modellen waarin de verhouding tussen kerk en staat in evenwicht is, in overeenstemming met de kernwaarden en principes van de moderne samenleving.⁴⁸ Het eerste is het klassiek seculiere model, dat van een strikte scheiding van kerk en staat uitgaat. Het tweede is het verzuild poldermodel, waarin de overheid godsdienstige instellingen op voet van gelijkheid behandelt en waar dat zinvol is met hen samenwerkt.⁴⁹ Het derde model is dat van de staatskerk, waarbij het privilegiëren van een heersende godsdienst niet tot het onderdrukken van minderheidsgodsdiensten leidt. Vermeulen bestempelt de keuze voor een bepaald model als ideologische keuze.⁵⁰

‘Welk type neutraliteit en scheiding van kerk en staat men bepleit hangt af van morele en politieke vooronderstellingen, en van – hoe kan het ook anders – de historische ontwikkeling van een land, de culturele setting, de concrete machtsverhoudingen en praktische overwegingen.’

Nader beschouwd, laat het tweede model zich goed met de neutrale overheid in de Nederlandse staatsinrichting verenigen.⁵¹ In historisch licht bezien, waarborgt de scheiding van kerk en staat de godsdienstvrijheid. Overheid en kerk vormen twee aparte sferen, maar zijn wederzijds met elkaar vervlochten.⁵² Een wezenlijke constatering is daarbij, dat neutraliteit geen volslagen gebrek aan bemoeienis of contact inhoudt. Een neutrale overheid kan en mag maatschappelijke verbanden waarbinnen morele en geestelijke vorming plaatsvindt, op voet van gelijkheid faciliteren.⁵³ In de bewoordingen van Schepper is de scheiding van kerk en staat geen ontkenning van alle betrekkingen en elke aanraking, maar de basis van waaruit kerk en staat elkaar in vrijheid en ieder op zijn eigen wijze ontmoeten, erkennen en waarderen en aldus samenwerken in het belang van de samenleving. Samenwerking tussen kerk en staat is mogelijk op basis van de in het scheidingsbeginsel belichaamde vrijheid.⁵⁴

De door Schepper in het midden van de twintigste eeuw nog geschetste geest van wederzijdse waardering en de sfeer van welwillende neutraliteit staan echter op de tocht.⁵⁵ Voorstanders van het klassieke seculiere model vrezen voor ontsporing van de rechtsstaat, wanneer neutraliteit met samenwerking gepaard gaat. Zo’n

47 Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 120.

48 Vermeulen 2007, p. 13. Zie over het theocratisch ideaal: Van der Zwaag 1999, p. 210-214.

49 Vermeulen 2007, p. 11.

50 Vermeulen 2009, p. 100.

51 Borgman 2009, p. 57. Scheiding van *Kerk en Staat* 2006, p. 3, 4. Reeds in 1948 oordeelt Schepper dat de verhouding in Nederland het best kan worden weergegeven ‘door te spreken van een geest van wederzijdse waardering in een sfeer van welwillende neutraliteit’. Schepper 1948, p. 60.

52 *Schurende relaties* 2007, p. 17.

53 Vermeulen 2009, p. 101.

54 Schepper 1948, p. 71.

55 Zie voor het huidige denken over de rol van protestantse kerken in het publieke domein: Kennedy 2010. Dezelfde thematiek, vanuit rooms-katholieke invalshoek: Borgman 2009. *Schurende relaties* 2007, p. 8, 9.

staat zou absurde of onaanvaardbare, op godsdienst gegronde juridische claims moeten honoreren.⁵⁶ Voor voorstanders van de strenge *laïcité* zoals in Frankrijk beoefend, waarborgt slechts een tot in het uiterste doorgevoerde scheiding tussen politiek en religie de democratische rechtsstaat. Dit stelsel garandeert godsdienst enkel als negatief geformuleerd privacyrecht. Binnen de afgebakende kringen van gezin, kerk en charitatieve instellingen staat het privé vrij godsdienst te belijden.⁵⁷ Een vurig pleitbezorger van de scheiding tussen kerk en staat als Cliteur noemt het seculiere karakter van de staat zelfs provocerend 'de wil van God'.⁵⁸ *Laïcité* is geen anti-religieuze houding, zoals het atheïstische staatsmodel, maar betekent 'alleen' dat de overheid op dit terrein niets heeft te zoeken.⁵⁹ De uitgesproken gerichtheid op het individu maakt dat het *laïcisme* weinig oog heeft voor gemeenschapsdenken, in welke vorm dan ook.⁶⁰ Ruimte voor de tendensinstelling valt niet te verwachten van een seculiere staat die straf bewaken van onverbiddelijke neutraliteit door de overheid tot geloofsartikel heeft verheven.⁶¹

De oproep aan de overheid radicaal en definitief van de kerk afstand te nemen, klinkt dwingend. De vergaande ontkerkelijking die Nederland tot een van de meest a-religieuze landen op aarde heeft gemaakt en de als bedreigend ervaren opkomst van de islam geven voeding aan de seculiere pleidooien. Het dogma van secularisatie kent religie een vooral negatieve rol toe in de structuren en sociale verhoudingen in de samenleving.⁶² Van belang is daarbij wel vast te stellen dat het een keuze betreft voor het invoeren van een ideologisch model dat in de loop van de tijd vreemd is geweest aan de Nederlandse verhoudingen. Wie een strikte scheiding van kerk en staat in *laïcistische* zin voorstaat, kan zich niet beroepen op de geschiedenis, noch op de huidige situatie.

Ook na de ontzuiling heeft de wisselwerking tussen kerk en staat een veelal intensief karakter gehouden. Van Bijsterveld signaleert een spanningsveld tussen de wil van de staat tot interventie op allerlei terreinen en de complexiteit van de maatschappelijke werkelijkheid. Evenmin als bedrijven, huishoudens, scholen of maatschappelijke organisaties krijgen kerken en daarmee verbonden instellingen in alle gevallen een identieke behandeling.⁶³ Er is geen 'de staat' die in een vastomlijnde verhouding staat tot 'de kerk'. In de loop van de tijd heeft zich tussen overheid en maatschappelijke actoren een complexe relatie van wederkerige samenwerking

56 Vermeulen acht die claim voorbarig. Vermeulen 2009, p. 91. Een voorbeeld uit een afweging in het strafrecht waarbij een voorschrift verenigbaar is met inachtneming van de vrijheid van godsdienst: HR 4 november 1969, NJ 1970/127 (Ritueel slachten geit).

57 Vermeulen 2007, p. 10.

58 Cliteur ziet een 'duidelijk aanknopingspunt' voor de seculiere staat in de uitspraak van Jezus Christus: 'Geef dan de keizer wat des keizers is, en Gode wat Gods is' (Mattheüs 22:21). Overigens vereenzelvigt Cliteur een seculiere staat met een neutrale staat. *Vrij Nederland* 21 februari 2004, 'Verdraagzaamheid is geen deugd'.

59 Cliteur 2004, p. 33, 69.

60 Cliteur 2004, p. 33.

61 Zo doet in de zaak van crucifixen in klaslokalen op Italiaanse scholen een aantal partijen een beroep op een strikt te handhaven secularisme. EHRM 18 maart 2011, 30814/06 (Lautsi/Italië 2). Zie ook: *Scheiding van Kerk en Staat* 2006, p. 3.

62 Zo schaar Den Boef zich in de rij denkers die religie als instrument van de elite beschouwen ten behoeve van de domesticatie van vooral het marginale deel van de bevolking. 'Achterstandsgroepen die moeilijk toegang krijgen tot welvaart en cultuur en los zouden slaan zonder de teugels van een godsdienst en de daarmee verbonden normen en waarden.' Den Boef 2004, p. 58.

63 Van Bijsterveld 2004, p. 10.

ontwikkeld.⁶⁴ De betekenis van het beginsel van scheiding van kerk en staat ligt vooral bij de beoordeling van de eventuele voorwaarden waaronder die samenwerking plaatsvindt.⁶⁵

In de betekenis van het eerbiedigen van de verschillende rollen op de onderscheiden domeinen sluit erkenning van het beginsel van scheiding van kerk en staat het hebben van aandacht voor de betekenis van de kerk in de staat niet uit. De verhouding tussen kerk en staat kent ruimere dimensies dan een strikt laïcistische uitleg van het scheidingsconcept suggereert. Ruimte voor de tendensinstelling past bij het model van de scheiding van kerk en staat zoals dat in de Nederlandse staatsinrichting in een eeuwenoude traditie is geworteld.⁶⁶

1.4.3 Maatschappelijke context

Pluriformiteit versus gelijkheid

Nederland is een pluriforme samenleving.⁶⁷ De culturele en religieuze veelvormigheid kan worden gewaarborgd door binnen de kaders van het Nederlandse rechtstelsel optimaal ruimte te bieden voor religieuze uitingen.⁶⁸ De historische en juridische fundering van de rechtsstatelijke noodzaak van het in stand houden van ruimte voor de tendensinstelling, passend bij een evenwichtige verhouding tussen kerk en staat, staat echter in de context van een seculiere meerderheid met eigen waarden, normen en regels.⁶⁹ Het maatschappelijk perspectief werkt door in de ruimte die de tendensinstelling krijgt toebedeeld.

De ruimte voor religieuze minderheden tot afwijken van dominante opvattingen

64 Binnenlands Bestuur 28 augustus 2009, 'Scheiding kerk en staat'. Raad van Kerken 13 september 2011 (open brief in het kader van het rondetafelgesprek van 15 september 2011 over de scheiding van kerk en staat en de grondrechten in de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer).

65 Van Bijsterveld 2009, p. 25.

66 Een voorbeeld van een poging de onderlinge sferen en interactie af te bakenen is de handreiking van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), opgesteld in samenwerking met de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), over een correcte omgang van gemeentelijke overheden met religieuze instellingen. *Tweeluik religie en publiek domein* 2009.

67 Pluriformiteit wijst op veelvormigheid. Het moet worden onderscheiden van pluralisme, dat op het bestaan van zelfstandige entiteiten naast elkaar ziet. Het Nederlandse rechtstelsel biedt ruimte aan pluriformiteit, maar niet aan rechtspluralisme. Zie voor een uitgebreide afweging: *Integratienota* 2011, p. 5, 6. Onder de voorwaarden van soevereiniteit die zich tot de eigen kring beperkt, acceptatie daarvan binnen de eigen kring en een facultatief karakter van het eigen recht achten Bovens & Witteveen een zekere mate van 'informeel rechtspluralisme' voor minderheden niet op voorhand ondenkbaar. Bovens & Witteveen 1991, p. 45-50. Zie voor het historische kader: Mulder 1993, p. 1-30. Zie voor een politiek-sociologisch kader met betrekking tot het recht in een consensus-democratie van minderheden van de rest van de samenleving af te wijken en ruimte voor eigen organisaties te hebben: A. Lijphart, *Democracies in Plural Societies: a Comparative Exploration*, New Haven: Yale University Press 1977.

68 *Schuurende relaties* 2007, p. 34. EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (Kokkinakis/Griekenland). Naar aanleiding van het debat over de toepassing van islamitisch recht: *Sharia in Nederland* 2010. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 123 VI, nr. 8, p. 1. *Handelingen II*, 23 september 2009, TK 5, p. 272.

69 Dölle 2010.

gen van de seculiere meerderheid staat echter onder druk.⁷⁰ Een juridische duiding hiervoor is te vinden in een standpunt dat Van Manen als 'love it or leave it' karakteriseert. De taak van het recht is te definiëren wat de dominante gemeenschap tot de essentialia van het sociale leven rekent. Het recht bepaalt welke normatieve verwachtingen in Nederland acceptabel zijn en tot de eigenheden van de Nederlandse samenleving moeten worden gerekend.⁷¹ De ruimte voor minderheidsgroepen voor het behoud en ontwikkelen van de eigen identiteit valt binnen de strikte begrenzings van de dominante rechtsorde van het moment. Publieke manifestaties van private opvattingen die van het door de dominante cultuur gedicteerde conformisme afwijken, worden in deze opvatting al vrij snel als problematisch beschouwd.⁷² Naarmate de potentiële conflictstof die door als godsdienstig omschreven praktijken worden opgeroepen toeneemt, lijkt als averechts gevolg de noodzaak te groeien met het beroep op religie geen rekening meer te houden.⁷³

Vooraf het accentueren van het beginsel van gelijke behandeling en de positie van het individu zet de vraag naar de beschikbare ruimte voor de tendensinstelling op scherp.⁷⁴ In het uiterste geval wordt een beroep op de eigen identiteit tot de strikt individuele situatie beperkt. Een extreme variant is te vinden bij Ganzevoort & Pels, voorstanders van wat zij het 'radicaliseren' noemen van het recht om af te wijken. Concreet gaat het om een versmalling van het beschermen van de positie van minderheden tot het beschermen van de positie van minderheden binnen minderheden, wat neerkomt op de kleinste minderheid van één.⁷⁵

'De overheid moet hier niet alleen duidelijke juridische grenzen stellen, maar ook een stevig moreel appel uitdragen, ook wanneer het gaat om de positie van vrouwen en homo's in de orthodoxe delen van christendom en islam. Zeker, de rooms-katholieke kerk heeft het formele recht om praktiserende homo's de communie te weigeren, maar moreel staat dat haaks op de waarden van onze samenleving. Niet alles kan hier juridisch worden afgedwongen, ook omdat dit polarisatie uitlokt en groepen in het defensief dringt. Er moet vooral worden ingezet op dialoog en op het ondersteunen van emancipatoire groepen binnen de verschillende stromingen.'

70 *Trouw* 18 december 2011, 'De seculiere meerderheid blijft haar normen opleggen aan minderheid'. Zie ook: E. Meijers, 'En wat moeten wij nu, zonder barbaren. De nieuwe onverdraagzaamheid bij links' (lezing 18 november 2011 in Utrecht, symposium beeldvorming islam naar aanleiding van publicatie Th. Saleminck & M. Poorthuis, *Van Harem tot Fitna. Beeldvorming van de islam in Nederland 1848-2010*, Nijmegen: Valkhof Pers 2011).

71 Van Manen 2002.

72 Van Gunsteren 2009, p. 45. Zie bijvoorbeeld voor de problematiek van cultureel als verweer in het strafrecht: Ten Voorde 2007. Zie ook: *Trouw* 21 april 2012, 'Donner: Onze samenleving kan niet zonder religie'. *Trouw* 16 maart 2011, 'Het eeuwige misverstand over geloof en staat'.

73 Een tendens van pluriformisering en subjectivering op religieus terrein stelt de overheid minder in staat en maakt deze minder bevoegd uit te maken wat in juridisch relevante zin als godsdienst geldt. Vermeulen 2009, p. 99.

74 Een voorbeeld is het initiatiefvoorstel van Tweede Kamerlid Van der Ham (D66), Azough (GroenLinks) en Timmer (PvdA) om het toepassingsbereik van art. 1 GW te vergroten. *D66 Persbericht* 19 mei 2010, 'gelijke behandeling gehandicapten en homo's in Grondwet'. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 411, nr. 1-3. Het voorstel heeft slechts oog voor diversiteit op individueel niveau, terwijl pluriformiteit op het niveau van groepen en organisaties buiten beeld blijft. Vermeulen & Overbeeke 2011, p. 149.

75 *De Groene Amsterdammer* 25 maart 2010, 'Homo's, hosties en hufferigheid. Het tandenknarsen van de democratie'. <<http://wetenschappelijkbureau.groenlinks.nl/>>.

In plaats van de tendensinstelling ruimte te geven, zou de overheid zending moeten gaan bedrijven om verzet tegen de identiteit van binnenuit dat in overeenstemming met seculiere meerderheidswaarden is, aan te moedigen. Een dusdanige omkering van het collectieve aspect van de vrijheid van godsdienst komt neer op het ontkennen van enige inhoudelijke juridische betekenis van collectieve organisatievorming.⁷⁶ Daarbij zou de overheid ook nog eens een stevig moreel appèl moeten uitdragen, uiteraard seculier van toonzetting.

Uitspraken van de Hoge Raad en van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (ABRvS) in de zogenoemde SGP-kwestie kunnen als voorbeeld dienen voor de wijze waarop maatschappelijke opvattingen betekenis hebben voor het juridische domein. De Hoge Raad bevestigt in een arrest het oordeel van het hof Den Haag dat de staat maatregelen moet nemen die ertoe leiden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen gaat toekennen.⁷⁷ De uitspraak van de ABRvS over de subsidieverstrekking aan de SGP laat zien dat een andere positiekeuze op de balans tussen gelijkheid en diversiteit mogelijk is.⁷⁸ De ABRvS toont expliciet oog voor het belang van 'kleine minderheden met van de heersende opvattingen afwijkende denkbelden'. Ook de positiekeuze in het maatschappelijke debat rond het arrest valt te herleiden tot de waardering van gelijke behandeling, in het licht van de denkbelden van een seculiere meerderheid, en de mate waarin andere fundamentele rechten (van minderheden) hiervoor moeten wijken.⁷⁹ Dölle vat de kern van de discussie in de SGP-zaken als volgt samen:⁸⁰

'Boven alles gaat het om de vraag of het gelijkheidsbeginsel (en discriminatieverbod) inderdaad die zware man is die aan de ene kant van de wipwap gezeten deze aan de grond houdt, terwijl de andere grondrechten met spartelende beentjes aan de andere kant hoog in de lucht hangen. Toegespitst is het de vraag of de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging wordt gekortwiekt door het bereik ervan in te perken en het relatieve gewicht ervan in afwegingsprocessen minder gaat worden. Dat laatste is helaas niet onwaarschijnlijk in een Europa dat rap seculariseert, bang is voor de islam en waarin onder de pretext van individualisering bandbreedtes waarbinnen verschil wordt aanvaard door algemene opinie krimpen.'

76 Zo legt Halsema de vrijheid voor de tendensinstelling dusdanig beperkend uit dat het collectief onder geen beding individuen mag uitsluiten, zelfs al voldoen deze niet aan de vereiste gedragsvoorschriften en leefregels. Halsema 2010. Zie ook: *Trouw* 15 oktober 2010, 'Halsema: Godsdienstvrijheid is een individueel recht'.

77 HR 9 april 2010, LJN: BK4549 (Clara Wichmann/SGP III).

78 ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35 (Subsidiëring SGP II). Het betreft hier een bestuursrechtelijke procedure over een besluit van een bestuursorgaan. De inzet in de civiele procedures, waarop het HR-arrest zag, was een andere. Hoe men het wendt of keert, de hoogste rechters in ons land verschillen in hun visie op art. 7 Vrouwenverdrag en de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de staat. Dölle 2010. Heringa e.a. 211, p. 395.

79 Een kleine greep uit de artikelen geeft de intensiteit van het debat weer. Neem bijvoorbeeld notie van de toonzetting over een besluit van een bestuursorgaan. De inzet in de civiele procedures, waarop het HR-arrest zag, was een andere. Hoe men het wendt of keert, de hoogste rechters in ons land verschillen in hun visie op art. 7 Vrouwenverdrag en de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de staat. Dölle 2010. Heringa e.a. 211, p. 395.

80 Dölle 2010.

Al met al hoort een pluriforme samenleving de tendensinstelling ruimte te bieden. Een eenzijdige, technocratische accentuering van het gelijkheidsbeginsel als soort van grote gelijkmaker, met voorbijgaan aan de historische en juridische fundering van de Nederlandse staatsinrichting, doet daaraan afbreuk. Minderheden (met hun organisatievorming) dreigen dan in de knel te geraken. Velaers bestempelt een gedachtegang waarin gelijkheid koste wat kost de boventoon moet voeren als gelijkheidsobsessie, met het gevaar van een culturele verschraling als gevolg.⁸¹ Ik onderstreep deze kwalificatie. In de uiterste consequentie doorgedreven, maakt gelijkheid een eind aan betekenisvolle uitingen van veelvormigheid.

Vrijheid, gelijkheid en broederschap

Het zoeken naar een balans op de schaal van pluriformiteit en gelijkheid is in de Nederlandse politiek terug te vinden. De hoofdstromen in het Nederlandse politieke bestel zijn vanouds met de vertrekpunten van de Franse Revolutie in verband gebracht. Liberté, égalité, en fraternité vinden weerklank in liberalisme, socialisme en christendemocratie. Tot in de jaren negentig van de twintigste eeuw waren deze drie richtpunten duidelijk terug te vinden in de destijds dominante politieke partijen. Op grond van deze overweging, gelet ook verder op een proces van jarenlange consistente en gestructureerde gedachtevorming, wordt naar de ruimte gekeken die de VVD, de PvdA en het CDA aan organisatievorming gefundeerd op een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit gunnen.

Een praktijkvoorbeeld voor de toepassing van het love it or leave it-standpunt is het Liberaal Manifest. Het program voor de uitwerking van de beginselen van de VVD wijst een organisatie van het onderwijs langs religieuze lijnen 'in beginsel' af.⁸²

'Het onderwijs – en a fortiori de kennis die wordt onderwezen – is niet katholiek, protestant, islamitisch of atheïstisch, maar seculier. Samen met de ouders vormt onderwijs kinderen tot burgers die in de publieke ruimte met hun medeburgers kunnen samenleven. Dat moet de toetssteen zijn waarlangs de vrijheid van onderwijs wordt gelegd.'

Wat de VVD aangaat, bieden de huidige juridische kaders te veel ruimte voor een invulling van het onderwijs vanuit niet door de dominante gemeenschap gedragen ideeën.⁸³ Vrijheid is voor de VVD vooral de vrijheid zoals deze strikt persoonlijk wordt beleefd. Binding van een persoon aan een groep veronderstelt een inperking van de eigen rechten, wat een inbreuk op de positie van de persoon als individu betekent. Bij een strikt doorgevoerd individualisme is de staat de enige 'groep' van betekenis die overblijft.

Gelijkheid optima forma spreekt uit een van de bekendste slogans waarmee de

⁸¹ Velaers 2003, p. 352.

⁸² Om de Vrijheid 2005, p. 20. Zie ook: 'Scheiding tussen kerk en staat', *Liber* 2012 (nr. 1, serie: De liberale waarden van de VVD), p. 2.

⁸³ De onderwijspacificatie van 1917 is volgens de opstellers van het Liberaal Manifest een historische nederlaag. Om de Vrijheid 2005, p. 20.

PvdA ooit campagne voerde, 'Spreiding van kennis, macht en inkomen'.⁸⁴ De stellingname van de PvdA vertoont op dit vlak veel gelijkenis met die van de VVD. Zo valt bij de standpunten van de PvdA onder het kopje 'Homo-emancipatie' te lezen dat het personeelsbeleid van instellingen van bijzonder onderwijs moet worden bijgesteld. De ruimte om een identiteit vorm te geven die van de seculiere waarden en normen afwijkt, moet worden ingeperkt.⁸⁵ Geen enkele trouwambtenaar mag nog langer weigeren een homostel te trouwen.⁸⁶ Onder het kopje 'Emancipatie' geeft de PvdA uitsluitend over de smalle marges voor de beleving van identiteit in een verband buiten het individu om. Het scheppen van kansen, het bevorderen van emancipatie en het bestrijden van achterstand en achterstelling moet zo nodig dwars tegen de remmende krachten van cultuur, religie of het ouderlijk huis in vorm krijgen.⁸⁷

In de profilering van het CDA komt de notie van broederschap tot uiting in woorden als 'samen', 'elkaar' en 'respect'. Het verkiezingsprogramma voor de verkiezingen van 2010 voor de Tweede Kamer erkent religie en levensbeschouwing als essentiële pijlers voor 'onze' samenleving.⁸⁸

'In ons land moet er ruimte zijn om je persoonlijk geloof in de publieke ruimte uit te drukken. Er is een scheiding tussen kerk en staat, maar niet tussen geloof en samenleving. Overheid en samenleving bieden plaats aan geloofsgemeenschappen voor zover zij de kernwaarden van onze rechtsstaat respecteren.'

(...)

'De overheid heeft geen opvatting over het geloof van mensen. De vrijheid van godsdienst is even belangrijk als alle andere grondrechten. Religieuze organisaties, die zich betrokken tonen bij en zich inzetten voor maatschappelijke zaken, krijgen daarom op dezelfde wijze steun vanuit de overheid als seculiere organisaties.'

Organisatievorming met een godsdienstige en levensbeschouwelijke inkleuring levert in de optiek van het CDA een bijdrage aan de samenleving. Daaraan moet de overheid erkenning geven, ook in de ondersteunende sfeer.⁸⁹ Deze benadering sluit overigens aan bij die van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR).⁹⁰

84 Tweede Kamerverkiezingen van 2010: 'Iedereen telt mee'.

85 <<http://nu.pvda.nl/standpunten>>.

86 <<http://nu.pvda.nl/standpunten>>. De CGB ruidde de eerdere pragmatische benadering in de zaak van een ambtenaar van de burgerlijke stand die geen huwelijk van homoseksuelen wil verbinden in voor een afweging van grondwettelijk beschermde belangen waarin voor gewetensbezwaarde ambtenaren geen plaats is. CGB 15 maart 2002, 2002-25 (Trouwambtenaar Leeuwarden I). Rb. Leeuwarden 24 juni 2003, LJN: AH 8543 (Trouwambtenaar Leeuwarden II). CGB 15 april 2008, 2008-40 (Trouwambtenaar Langedijk).

87 <<http://nu.pvda.nl/standpunten>>.

88 *Slagvaardig en samen* 2010, p. 13.

89 Van der Zwaag 1999, p. 478-480. Zie ook: *Katholiek Nieuwsblad* 8 juni 2011, 'Back to basics: de C van het CDA'. *Katholiek Nieuwsblad* 23 juni 2011, 'Volkspartij in plaats van populisme'.

90 In september 2007 bracht de WRR het rapport 'Identificatie met Nederland' uit. Aanleiding voor deze publicatie vormde de constatering van de raad dat het integratievraagstuk tegenwoordig steeds meer een identiteitsvraagstuk is geworden. *Identificatie met Nederland* 2007. Het standpunt van het kabinet Balkenende IV laat ruimte voor een samenleving waarin men verschillende identiteiten kan hebben. *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 268, nr. 9, p. 4, 11 en 12. Met zekere irritatie merkt Cliteur op: 'De WRR brengt het ene na het andere rapport uit waarin ons de voordelen van een religieus georiënteerde staat wordt voorgehouden.' Cliteur 2009, p. 52.

De bespreking van de uitgangspunten op dit vlak in de politieke hoofdstromingen laat zien dat het doorgaande proces van individualisering een negatieve weerslag op de positie van de tendensinstelling heeft. Het zoeken naar juridische ruimte voor minderheden en hun organisatievorming noodzaakt echter in historisch, juridisch en maatschappelijk opzicht een meer afgewogen doordenking dan take it, or leave it.

1.5 Uitwerking

De vraag naar de rechtspositie van de tendenswerkgever krijgt beantwoording in Hoofdstuk 2 tot en met 7. De verschillende lijnen leiden in Hoofdstuk 8 tot een synthese. Hierna volgt een vooruitblik op de onderscheiden hoofdstukken.

Hoofdstuk 2 werkt het concept van de tendensinstelling uit. Het schetsen van de contouren van de tendensinstelling aan de hand van het bespreken van het belang van identiteit, het uiteenzetten van de institutionele theorie en het destilleren van inzichten uit literatuur en recht maakt een concrete karakterisering en categorisering mogelijk.

Hoofdstuk 3 belicht het rechtskader dat voor de tendensinstelling de begrenzungen voor het vormgeven van de identiteit aangeeft. Met name de verhouding tussen het beginsel van gelijke behandeling en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging zijn van funderend belang voor de rechtspositie van de tendensinstelling. Uit de besproken verdragen en wetten rijst het beeld van een gefragmenteerd rechtskader.

Hoofdstuk 4 bespreekt het verloop van de individuele arbeidsovereenkomst. Voor de tendensinstelling geeft de betrokkenheid bij de identiteit vorm aan de verhouding tussen werkgever en werknemer in de arbeidsorganisatie. De behandeling van dit kernonderdeel staat, na de toepasbaarheid van het arbeidsrecht voor de drie typen tendensinstellingen te hebben gezien, in het teken van de chronologische indeling in de fasen instroom (werving, selectie en aanstelling), doorstroom en uitstroom. Bij iedere fase wordt ingegaan op de wijze waarop de werkgever door voorschriften en afspraken de identiteit kan vormgeven. Uit het bespreken van jurisprudentie en CGB-oordelen komen de mogelijkheden en begrenzingen van de tendensinstelling naar voren om de arbeidsorganisatie geheel naar de gewenste identiteit in te richten.

Hoofdstuk 5 verlegt het blikveld naar het collectieve aspect van de arbeid. Aan de orde komen de collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) en medezeggenschap, aan de hand van bespreking van drie belangrijke medezeggenschapswetten (WOR, WMS en WMCZ). De sleutel voor het waarborgen van de identiteit bij medezeggenschap ligt op een weldoordacht identiteitsbeleid dat breed is gedragen doordat het de gehele arbeidsorganisatie, de medezeggenschapsorganen inclusief, doordeesemt. Daarbij is zonder meer van belang dat de wetgeving de ruimte moet bieden de identiteit te laten meewegen.

Hoofdstuk 6 geeft aandacht aan geschilbeslechting. De tendensinstelling zal proberen ook bij geschillen de identiteit een rol te laten spelen. Geschilbeslechting in eigen kring kan als het sluitstuk van soevereiniteit in eigen kring worden be-

schouwd. De vraag is op welke wijze alternatieve geschilbeslechting naast de burgerlijke rechter een rol kan spelen.

Hoofdstuk 7 verlegt de aandacht op de rechtspositie van tendensinstellingen naar Duitsland. Een voor de tendensinstelling fundamenteel gegeven is het bestaan van een eigen kerkelijk arbeidsrecht, dat op de grondwettelijke kerkelijke autonomie valt terug te voeren. De te behandelen wetgeving loopt parallel aan de thema's die voor de situatie in Nederland zijn behandeld. Omdat het Duitse arbeidsrecht voor een groot deel rechtersrecht is, wordt voor de ontwikkelingen uitgebreid stilgestaan bij de lijnen die uit de jurisprudentie kunnen worden getrokken. In een apart onderdeel vindt ten aanzien van de onderzochte deelgebieden een rechtsvergelijking met Nederland plaats.

Hoofdstuk 8 brengt in een synthese de lijnen uit voorgaande hoofdstukken samen. De juridische kaders worden aangegeven waarbinnen de tendensinstelling binnen de kaders van de Nederlandse rechtsstaat erkenning kan krijgen en tot ontplooiing kan komen.

Hoofdstuk 2

Concept tendensinstelling

2.1 Inleiding

Hoofdstuk 2 werkt het begrip tendensinstelling uit. Een eigenstandige positionering is nodig om de status aparte in het arbeidsrecht tot gelding te brengen. Om tot een afbakening te komen, worden eerst de constituerende elementen van de tendensinstelling besproken. Paragraaf 2.2 beschrijft de betekenis van identiteit in de arbeidsorganisatie. Hierbij wordt ingegaan op de elementen die in onderlinge samenhang de identiteit van een instelling bepalen. Tevens krijgt de specifieke betekenis van het begrip identiteit in het recht in meer algemene zin aandacht. Paragraaf 2.3 stelt het rechtstheoretische kader dat aanknopingspunten biedt voor het erkennen van een tendensinstelling aan de orde. Centraal staat hierin het verwezenlijken van een gemeenschappelijk gedeeld ideaal. Paragraaf 2.4 gaat na hoe de tendensinstelling voorkomt in het recht en in de literatuur. In het bijzonder het Duitse recht krijgt toelichting. De in de voorgaande paragrafen getrokken lijnen komen in paragraaf 2.5 bij elkaar. Na een taalkundige duiding van het begrip tendensinstelling volgen een definitie en een categorisering. Paragraaf 2.6 geeft aandacht aan de rechtspersoonsvorm van de tendensinstelling.

2.2 Identiteit in de arbeidsorganisatie

2.2.1 Inleiding

De sleutel tot een goed verstaan van de tendensinstelling ligt in een juist begrip van identiteit. Deze paragraaf werkt de betekenis van identiteit voor de arbeidsorganisatie uit. Aan de orde komen de persoonlijke identiteit, de identiteit van een instelling en hoe deze zich onderling verhouden. Aandacht krijgt ook de specifieke betekenis van het begrip identiteit in het recht. Na de constatering dat identiteit een dynamisch karakter heeft, wordt het verband tussen grondslag en cultuur van de arbeidsorganisatie als wezenlijke elementen van de identiteit gezien. Daarna komt de betrokkenheid van werknemers bij de identiteit aan de orde. Tot besluit wordt ingegaan op maatschappelijk verantwoord ondernemen.

2.2.2 Aspecten van identiteit

Identiteiten en hun wisselwerking

Identiteit kan worden beschouwd als de kern van de persoonlijkheid, als eigenschap van een persoon zonder welke deze niet die unieke persoon zou zijn.⁹¹ Identiteit kan daarnaast worden gezien in relatie met de sociale rollen die een persoon in de samenleving vervult.⁹² Binnen een gegeven sociale orde krijgt een sociale identiteit vorm.⁹³ De sociale identiteit kan de beleving van de persoonlijke identiteit tijdelijk op de achtergrond plaatsen.

Voor de werknemer is de arbeidsorganisatie van de instelling, de gestructureerde orde waarin de arbeid plaatsvindt om een bepaald doel te bereiken, van wezenlijk belang voor de sociale identiteit. Een wezenlijke vraag die daarbij moet worden gesteld, is of een instelling een eigen identiteit heeft. In de fundamentele betekenis die aan de persoonlijke identiteit kan worden toegekend, luidt het antwoord ontkenkend. Een instelling is van zichzelf een lege huls zonder potentiële vrije ruimte van een private levenssfeer. Een bevestigend antwoord is mogelijk, wanneer identiteit als sociale constructie vorm krijgt. Een instelling leidt een bestaan en beschikt over eigenschappen waaraan deze een specifieke identiteit ontleent. Intern krijgt de persoonlijkheid vorm door datgene wat de instelling feitelijk doet en wat deze feitelijk is. Het doen ziet op gedrag (prestaties), het zijn op karakter (eigenschappen). Gedrag/prestaties en karakter/eigenschappen voeren op de grondhouding van een instelling terug. In de identiteit klinken de drijfveren, kernwaarden en bezieling door. Een eenduidige begripsomschrijving is niet voorhanden. Van Riel constateert dat naarmate er meer mensen over organisatie-identiteit schrijven, er meer definities over dit begrip lijken te ontstaan.⁹⁴ Wel hebben de verschillende definities in de kern gemeen dat identiteit als de tastbare manifestatie van het eigene, of de persoonlijkheid van een organisatie kan worden beschouwd.⁹⁵ Tussen de persoonlijke (sociale) identiteit en identiteit van een instelling bestaat een wisselwerking. In een arbeidsorganisatie ontmoeten identiteiten elkaar. De werkgever legt een claim op de werknemer. Thyssen:⁹⁶

‘Being an employee means to allow the organization to take over one’s motives and accept a temporary suspension of one’s own will: one does as agreed upon and assumes the required mask.’

91 Van Woudenberg omschrijft een persoon als ‘een geheel eigensoortig ding, wiens identiteit door de tijd niet gelegen is in iets anders dan de persoon, zoals in het geheugen of in het lichaam’. Van Woudenberg 2000, p. 87. Een persoon verandert gedurende de tijd, maar blijft tegelijkertijd dezelfde. Verscheidene auteurs kiezen voor een narratieve benadering. Tromp: ‘De persoonlijke identiteit is dus nooit af. Het is altijd voorlopig, onder voorbehoud. Het is een proces van tasten en zoeken naar het “zelf”. In verschillende contexten en voor verschillend publiek zal hetzelfde verhaal steeds weer anders moeten worden verteld, om de integriteit van de identiteit te bevestigen’. Tromp 2003, p. 78.

92 Naar het onderscheid van Rom Harre. Musschenga 1995.

93 Musschenga wijst erop dat de tweedeling tussen een publieke sfeer en een privésfeer een kenmerk is van de moderne tijd. Het normatieve karakter van deze scheiding schrijft hij toe aan de liberale politieke moraal. Musschenga 1995.

94 Van Riel 2005, p. 39.

95 In deze zin ook van Van Woerkum 2000, p. 60-63.

96 Thyssen 2009, p. 46. Zie ook: De Gaay Fortman 1936, p. 56-58.

Deze claim in acht genomen, laat een werknemer zich ook binnen een arbeidsorganisatie door de persoonlijke levensovertuiging leiden.⁹⁷ Een stabiele en samenhangende zelfbeleving is bij een hecht verankerde arbeidsidentiteit gebaat.⁹⁸ Deze kan aan de expliciet kenbaar gemaakte richtinggevende waarden van de instelling worden ontleend. De Ronde verwoordt de vruchtbare wisselwerking tussen de twee identiteiten:⁹⁹

‘Zinervaring in het werk is dan mogelijk wanneer de missie van de organisatie en het persoonlijke waarde kader van de medewerker op elkaar aansluiten. Als medewerkers zich de missie van de organisatie eigen maken en daar vanuit hun eigen positie en perspectief invulling en gestalte aan geven, krijgt arbeid het karakter van verantwoordelijkheid en wellicht zelfs van roeping. Waarden worden dan drijfveren tot handelen; zij verschaffen een intrinsieke motivatie om het werk goed te doen en daarmee te beantwoorden aan roeping, medeverantwoordelijkheid te dragen dus voor de kerndoelstelling van de organisatie en via de organisatie aan het geheel van de samenleving.’

Van synergie kan worden gesproken wanneer de persoonlijke identiteit van de werknemer en de identiteit van de arbeidsorganisatie in belangrijke mate samen vallen.

Identiteit in het recht

Ook bij de inkleuring van het recht is identiteit een relevante factor. Identiteit heeft een uitgesproken praktisch toepassingsbereik.¹⁰⁰ De term wordt onder meer gebruikt om onderscheiden juridische entiteiten met elkaar te vereenzelvigen en verder om er een juridisch relevante hoedanigheid mee aan te duiden.

In een veelgebruikte betekenis staat identiteit voor het complex van vereisten waaraan moet worden voldaan om onderscheiden rechtsobjecten of rechtssubjecten ten opzichte van één enkele rechtsbetrekking met elkaar te kunnen vereenzelvigen. Zo kan het begrip identiteit aanduiden onder welke voorwaarden een juridische entiteit geldt als de rechtsopvolger van een andere juridische entiteit. Identiteit ziet in deze betekenis op een rechtens relevante verbondenheid. Onder omstandigheden kunnen verschillende, opeenvolgende rechtspersonen toch als een en dezelfde werkgever worden beschouwd. Bij overgang van onderneming is er sprake van een economische eenheid die haar identiteit behoudt (art. 7:662 lid 2 onder a BW).¹⁰¹

97 Hirsch Ballin merkt op dat geen mens kan functioneren zonder oriëntatie in zingevingsvraagstukken. Dat acht hij ook van toepassing op een duurzaam samenwerkingsverband. Hirsch Ballin 1987, p. 352. Ondernemers en managers – rooms-katholiek, protestant, islamitisch, joods en new age – geven aan dat zij zich ook binnen de organisatie door hun eigen religieuze drijfveren laten leiden. Graafland & Mazereeuw 2005, p. 8. *Pascalkring* 27 mei 2004, lezing Mazereeuw-van der Duijn Schouten.

98 Arbeidsidentiteit kan worden omschreven als functiegericht zelfbeeld.

99 De Ronde 2002, p. 21.

100 In de literatuur en in de jurisprudentie is het vergeefs zoeken naar uitvoerige bespiegelingen.

101 De economische eenheid ziet op het geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit (art. 7:662 lid 2 onder b BW). Uitgebreid over identiteitsbehoud: Loonstra & Zondag 2010, p. 285-291.

Het dichtst in de buurt van identiteit als wezenskenmerk van een persoon of instelling komt de benadering van Tjittes. Hij duidt de maatschappelijke positie en/of de individuele eigenschappen van partijen aan als hun hoedanigheid, een term die zich goed laat vergelijken met identiteit.¹⁰² Het belang van het vaststellen van hoedanigheid is voor Tjittes het gegeven:¹⁰³

‘(...) dat zowel de onderlinge algemene posities als de individuele eigenschappen van een rechtssubject van groot belang zijn voor de (invulling van de) contractuele normen die voor rechtssubjecten in bepaalde onderlinge verhoudingen gelden.’

Aandacht voor de hoedanigheid van contractspartijen geeft Tjittes aanleiding een driedeling in het contractenrecht voor te stellen, te weten voor de hoedanigheid van particulier, ondernemer en overheid. Afgezien van aarzelingen of een scherpe categorisering voldoende voordelen heeft om de nadelen op te heffen, is het begrip ook voor tendensinstellingen een bruikbare invalshoek.¹⁰⁴ De hoedanigheid als tendensinstelling heeft gevolgen voor de juridische positionering en voor de positie van de werknemers. Hoedanigheid is een van de wegingsfactoren in de beoordeling van een rechtsverhouding.¹⁰⁵ Dat de hoedanigheid van een instelling in een bepaalde rechtsverhouding in belangrijke mate de rechten en verplichtingen als (potentiële) contractspartij bepaalt, onderstreept het gewicht dat aan een duidelijke identiteit kan worden toegekend.¹⁰⁶ Hoe vager omljnd de identiteit van een instelling, hoe minder gewicht daaraan in de beoordeling van een rechtsverhouding kan worden toegekend.

Dynamisch karakter identiteit

Identiteit is geen statisch gegeven. Het heeft een dynamisch karakter. Het vormgeven van identiteit veronderstelt actie. De basis van het omgaan met identiteit is weten wat de kern ervan is, hoe deze in het verleden gestalte heeft gekregen en hoe de identiteit in de huidige en toekomstige tijd gestalte moet krijgen.¹⁰⁷

In de loop van de tijd verandert de context waarbinnen de instelling en daarmee ook de arbeidsorganisatie zich beweegt. Vanuit een oriëntatie op de eigen kernwaarden en bezieling moet een instelling de identiteit blijven vormgeven. Adequaat opereren in het spanningsveld tussen de voorgestane identiteit en de interne en externe omgeving waarin deze gestalte krijgt, vraagt een autonome en zelfbewuste houding van de instelling.

102 Tjittes 1994, p. 2.

103 Het vaststellen van een hoedanigheid geschiedt in de eerste plaats vanuit een oogpunt van de bescherming van de zwakkere partij. Tjittes 1994, p. 2.

104 Als aandacht voor hoedanigheid leidt tot een vorm van indeling in klassen, bestaat het gevaar van verabsolutering. Zie hierover Van den Berg & Zondag 2003, p. 380, 381.

105 In het contractenrecht zijn gezichtspunten van belang als de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop een beding tot stand is gekomen, of de wederzijds kenbare belangen van partijen. Tjittes 1994, p. 4-6.

106 Tjittes voorziet een ontwikkeling die ‘globale en gestandaardiseerde hoedanigheids categorieën’ de functie verleent van standaardnormering voor bepaalde rechtsverhoudingen. Het scheppen van normaaltypen kan in het contractenrecht duidelijkheid scheppen over wat partijen in een bepaalde rechtsverhouding over en weer van elkaar kunnen verwachten. Reformatorische identiteitsorganisaties zouden zich kunnen lenen als verschijningsvorm van een normaaltype. Tjittes 1994, p. 251.

107 Van Dijk 2006.

Een stabiele identiteit verhoogt het niveau van betrouwbaarheid.¹⁰⁸ Instellingen die wankelmoedig met de identiteit omgaan, lopen gerede kans de greep hierop te verliezen. Het als onwezenlijk terzijde schuiven van wezenlijke elementen van de identiteit, of het aanvullen en vervangen ervan, tast de noodzakelijke autonomie van een organisatie aan.¹⁰⁹ Zonder correctie ontstaat op termijn een vluchtige, ongrijpbare identiteit die van een oorspronkelijk helder omlijnde grondhouding in een vaag omlijnde zoektocht is omgebogen. De kernwaarden en bezieling dienen dan slechts nog hooguit als vage bron van inspiratie.¹¹⁰ Er bestaat gerede kans dat de instelling veralgemeniseert.¹¹¹ De uiterste consequentie is afscheid nemen van de oorspronkelijke identiteit.¹¹²

Een instelling met een verwaterde identiteit kan alsnog pogingen in het werk stellen deze opnieuw in beeld te brengen en aansluitend concreet te realiseren. Dit proces zal hoogstwaarschijnlijk op interne tegenkrachten stuiten.¹¹³

2.2.3 Grondslag, cultuur en imago

Grondslag

Nauw verwant met de identiteit zijn grondslag, cultuur en imago.¹¹⁴ Bij veel instellingen valt de identiteit niet tot een duidelijk herkenbare, eventueel schriftelijk vastgelegde grondslag te herleiden. De identiteit stoelt dan op de cultuur van de arbeidsorganisatie. Veel definities bestempelen identiteit dan ook als sublimatie van de cultuur.¹¹⁵ Voor de meeste instellingen die zich nadrukkelijk op godsdienst of levensbeschouwing baseren, ligt er een ander, dieper verband. De overtuigingen en ideeën, waarden, normen en regels van richtinggevend belang zijn doorgaans

108 In een onderzoek naar oude bedrijven in Nederland trekt Brouwer de conclusie dat een continue identiteit een wezenlijke factor is voor het overleven van bedrijven. Het belang dat zij toekent aan het nastreven van een continue identiteit, waarbij zij zich op theoretische en empirische analyses baseert, impliceert de afwezigheid van een stabiele evenwichtssituatie. Voor de 362 onderzochte bedrijven geldt dat zij alle op uiteenlopende manieren worstelen met de vraag hoe hun identiteit zich verhoudt met een veranderende maatschappelijke context. Brouwer 2005, p. 228.

109 Steinhauser 2003, p. 13, 14.

110 De zogeheten Nieuwe NCRV zet zich in voor een samenleving waarin mensen betrokken zijn bij elkaar: 'Dat is verankerend in onze protestants-christelijke traditie, van waaruit we ons richten op verdraagzaamheid en zorg voor elkaar'. <<http://www.ncrv.nl/overdenrcrv>>. Zie ook: *Trouw* 31 maart 2012, 'De lege huls van KRO en NCRV. De verloren identiteit van de christelijke omroepen', p. 16-19 en *Trouw* 21 april 2012, 'Leden willen naam KRO behouden. Zorgen over identiteit na fusie met NCRV'.

111 Van Nijen: 'Een enkel kenmerkend programma maar liever niet op prime time. Een dagopening op school maar verder merk je niets van een eigen identiteit. Een mission statement met een beleidsbeschrijving waarin enkele zeer algemene christelijke zinsneden zijn verwerkt waar niemand zich aan hoeft te storen'. Van Nijen 2005.

112 Van Nijen 2005.

113 NCRV-voorzitter Kees Klop kwam in opspraak nadat hij had aangekondigd het voltallige personeel naar een cursus protestantisme te willen sturen. Die zou moeten helpen het protestants-christelijke karakter van de omroep te versterken. Op 18 maart 2005 legde hij zijn functie neer, nadat eerder twee bestuursleden opstapten. *Adformatie* 21 maart 2005, 'Bestuurscrisis NCRV en Avro'. Identiteit als diffuse zoektocht is voorts te vinden bij dagblad *Trouw*. Praamsma 2000.

114 Afhankelijk van de invalshoek onderscheidt John Balmer vijf identiteitskrachten. Het begrip identiteit zoals dat in deze studie wordt gehanteerd, zou datgene kunnen zijn wat hij de geprojecteerde identiteit noemt, de zelfrepresentatie van de organisatie. De grondslag is dan de gewenste identiteit, de cultuur de toegepaste identiteit en het imago de waargenomen identiteit. Zie: Van Riel 2005, p. 47-49.

115 Zie bijvoorbeeld: Olsthoorn 1997.

expliciet als zodanig kenbaar gemaakt. De identiteit van de tendensinstelling houdt nauw verband met de grondslag. De grondslag is het ankerpunt van en de toetssteen voor de identiteit. Die identiteit richt zich naar de grondslag, zodat over een grondslagidentiteit kan worden gesproken.

Als benaming voor instellingen die hun identiteit aan de grondslag ontlelen, is lange tijd over identiteitsgebonden organisaties gesproken.¹¹⁶ Deze onderscheiden zich van zogenoemde neutrale organisaties.¹¹⁷ Het onderscheid impliceert dat de laatste geen, of een vrij kleurloze identiteit hebben, wat niet het geval is. Ook een seculiere instelling kan een zeer herkenbare identiteit hebben.¹¹⁸ Op hun beurt hoeft de tendensinstelling de waarde van de identiteit niet te relativeren, eenvoudigweg omdat andere instellingen kennelijk langs een andere weg hun identiteit kunnen realiseren.¹¹⁹ Ideologische of religieuze instellingen blijken een veel hogere identificatie bij hun leden te kunnen oproepen dan instellingen met een gangbare commerciële doelstelling.¹²⁰

Cultuur

Behalve van de grondslag moet het belang van cultuur voor de identiteit worden onderkend. Iedere instelling heeft een eigen cultuur, gevormd door waarden, normen en regels die de leden houvast geven in hun gedrag. Hofstede definieert een organisatiecultuur als de 'collectieve mentale programmering die de leden van een organisatie onderscheidt van die van een andere'.¹²¹ Deze programmering, die de sfeer of het klimaat bepaalt, vormt de referentie en het toetsingspunt voor het handelen. Cultuur vormt als het ware de smeerolie van een arbeidsorganisatie. De gedeelde beleving van de dagelijkse gang van zaken in een arbeidsorganisatie moet als de kern van de cultuur van een instelling worden beschouwd.¹²²

Door een specifieke identiteit te voeren, kan een instelling intern en extern expliciet aangeven uit welke waarden, normen en regels de eigen cultuur behoort te bestaan. In een ideale situatie zal de cultuur dienstbaar zijn aan het verwezenlijken van de identiteit. De waarden, normen en regels van de cultuur liggen in het verlengde

116 Hoogland 2003, p. 59.

117 Veel instellingen met een christelijke identiteit moeten uitleggen waarom ze bestaansrecht hebben, terwijl deze vraag nimmer aan zich neutraal noemende instellingen wordt gesteld. Van Dijk 2006.

118 Bij zijn bespreking van het corporate identity-denken, volgens welke organisatie-identiteit zeer wel valt te realiseren met voorbijgaan aan uitdrukkelijk (omstandig) geformuleerde godsdienstige of levensbeschouwelijke uitgangspunten, merkt Hoogland op dat de tegenstelling tussen neutrale en identiteitsgebonden organisaties een valse is. Elke instelling heeft per definitie een identiteit, want er bestaat geen levensbeschouwelijke neutraliteit. Tegenover levensbeschouwelijk gebonden organisaties staan 'wereldbeschouwelijk' gebonden organisaties. Voor Hoogland vormt deze constatering aanleiding een oproep te doen over te stappen van grondslagdenken op missiedenken. Hoogland 2003, p. 65 e.v.

119 Zie paragraaf 2.5.2 voor de grondslag op basis van godsdienst en levensbeschouwing.

120 Van Riel benoemt als mogelijke oorzaken een intensere overlap in persoonlijke waarden en een sterker gevoel van eigenwaarde die men aan het werken bij een dergelijke organisatie lijkt te ontlelen. Van Riel 2005, p. 52.

121 Hofstede 1998, p. 224. In brede zin kan cultuur worden gedefinieerd als een samenhangend stelsel van aangeleerde gedragspatronen dat kenmerkend is voor de leden van een bepaalde groep. M.R. Czinkota, I.A. Ronkainen & M.H. Moffett, *International Business*, Fort Worth (VS): Dryden Press 1999, p. 35. Zie ook: McEwan 2001, p. 324-328 en Stephen P. Robbins, *Gedrag in organisaties*, Amsterdam: Pearson Education Benelux 2003, p. 277-293.

122 Het is handig om te weten dat de voornaam de juiste aanspreekvorm is, dat hoewel een stropdas niet verplicht is, een spijkerbroek alleen op vrijdag kan, en dat een jarige een zoen krijgt – of geen. Hetzelfde gaat op buiten de muren. Hoe is de omgang met relaties, wanneer worden rekeningen voldaan, dat soort zaken. Hofstede 1998, p. 228.

van de identiteit. Daar waar de identiteit richting aan de cultuur geeft, versterkt de cultuur de identiteit. Door deze wisselwerking zal het in de praktijk moeilijk zijn een haarscherp onderscheid te maken. Een cultuur die dienstbaar is aan het verwezenlijken van de grondslag is een andere grootte dan een cultuur die de identiteit bepaalt.

Imago

Door het ondernemen van actie krijgt identiteit merkbaar gestalte in verhouding tot de omgeving. De herkenbaarheid naar binnen en buiten toe vormt het imago. In een ideale situatie is het imago een correcte afspiegeling van de voorgestane identiteit van een instelling. In de literatuur wordt de vraag naar de identiteit van een instelling om die reden nog wel eens aan de perceptie van waarnemers gekoppeld. Maar imago is een deelaspect van identiteit. Het betreft de weerslag van de beleving en waardering ervan door waarnemers buiten de instelling. Imago is de explicitering van identiteit. Kalkman geeft een definitie waarin de impliciete en expliciete kant van identiteit doorklinken:¹²³

‘De identiteit van een (rechts)persoon is het geheel van zijn uitspraken en handelingen enerzijds, en zijn normen, waarden, ideeën en overtuigingen anderzijds, die voor hemzelf en anderen herkenbaar zijn én waardoor hij zich van die ander onderscheidt én die een enigszins blijvend karakter hebben.’

Identiteit komt dus tot uiting in een herkenbaar, onderscheidend en consistent imago. Met dit imago moeten instellingen zichzelf profileren en inspelen op de diversiteit aan de in hun omgeving aanwezige belangen en verwachtingen.¹²⁴ Ook de tendensinstelling heeft te maken met een diversiteit aan doelgroepen waartoe deze zich op de een of andere manier moet zien te verhouden. Ook instellingen die als ‘neutraal’ te boek stonden, houden zich nadrukkelijker dan voorheen met de perceptie van hun ideologische profiel bezig.¹²⁵

Samenvattend kan de verhouding tussen identiteit, grondslag, cultuur en imago als volgt worden uitgedrukt. De grondslag is de basis van en het richtpunt voor identiteit. De cultuur is de interne beleving van identiteit. Het imago is de externe verbeelding ervan.

2.2.4 Betrokkenheid werknemers

Functiegerelateerde identiteit

De identiteit van een tendensinstelling staat of valt met de persoonlijke betrokkenheid van de werknemers bij die identiteit. Werknemers die zich sterk met hun

123 Zie Kalkman, Veldhoen & Bouwman 1989, p. 240.

124 Geïnspireerd door de Amerikaanse managementliteratuur is de term reputatie in opkomst als optelsom van het imago van onderscheiden deelgebieden. Van Riel 2005, p. 85-89.

125 *Reformatorisch Dagblad* 2 oktober 2009, ‘Orthodoxe organisatie moet alert zijn’.

instelling identificeren, zullen meer zijn geneigd een positieve grondhouding aan de dag te leggen.¹²⁶ Het is de vraag of identiteit voor alle medewerkers een rol speelt en in welke mate. Voor het beantwoorden van deze vraag kan ook worden gekeken naar de waardering van de instelling van de eigen identiteit tegenover andere identiteiten.

Een arbeidsorganisatie kent onderscheiden functies die er voor de identiteit meer en minder toe doen. In de opvatting van Van Nijen is het mogelijk dat een instelling een christelijke identiteit kan voeren terwijl ‘medewerkers op de werkvloer’ weinig of niets weten en begrijpen van het christelijk geloof. Leidinggevend en moeten op hun afdelingen zorg dragen voor doorwerking van de identiteit. Minimaal de leidinggevend en zouden over identiteitsprofessionaliteit moeten beschikken, een deskundigheid en betrokkenheid om in een arbeidsorganisatie een christelijke visie te ontwikkelen en te realiseren.¹²⁷ Voor alle andere medewerkers is wederzijds respect voldoende basis. Om te voorkomen dat werknemers de identiteit tot een aanfluiting maken, pleit Van Nijen voor een soort bijspijkersessies.¹²⁸ Ook de aandacht van Janse gaat vooral naar de leidinggevend en uit.¹²⁹

Leidinggevend en bepalen de koers en deskundigen zetten de toon. Moeilijk is echter voor te stellen hoe in een arbeidsorganisatie identiteit gestalte kan krijgen, als deze niet in alle geledingen doorwerkt en leeft.¹³⁰ Voor een goed begrip van de tendensinstelling is het zaak te onderkennen dat ook werknemers van wie de functie geen rechtstreeks raakvlak heeft met de identiteit, in hun functioneren de identiteit wel degelijk kunnen beïnvloeden. Vraagstukken van identiteit beperken tot een selecte groep werknemers die (hoger in de hiërarchie) werkzaamheden verrichten die rechtstreeks tot de doelstellingen zijn te herleiden, zou een miskennis zijn van de interne samenhang van de arbeidsorganisatie.

Niet te onderschatten is daarbij het gegeven dat de identiteit is gebaat bij een cultuur die als het ware een beschermende schil daaromheen vormt. Weliswaar zijn niet alle functies rechtstreeks op de identiteit terug te voeren, maar de optelsom van de wijze waarop functies worden vervuld, vormt de cultuur van de arbeidsorganisatie. Het versmallen van identiteit tot de betekenis ervan voor de vervulling van een specifieke functie, miskent de betekenis van cultuur. Alle werknemers hebben te maken met identiteit, alleen al omdat zij alle zonder uitzondering wezenlijk aan de cultuur van de arbeidsorganisatie bijdragen.

Nog een aspect dat voor een breed gedragen identiteit pleit, is interne carriè-

126 Van Riel 2005, p. 52.

127 Van Nijen 2005.

128 Van Nijen 2003, p. 87.

129 *Reformatorisch Dagblad* 2 april 2005, ‘Synode contra christelijke organisatie, Herderlijk schrijven “Christen-zijn in de Nederlandse samenleving” halve eeuw oud’. Zie ook: C.S.L. Janse, *Bewaar het pand. De spanning tussen assimilatie en persistentie bij de emancipatie van de bevindelijk gereformeerden* (diss. Amsterdam VU), Houten: Den Hertog 1985, p. 273, 274 en 277.

130 Op gespannen voet met identiteitsprofessionaliteit staan de bevindingen van Van den Belt & Moret in hun onderzoek naar de managementopvattingen van vijf groepen managers: modern-protestanten, orthodox-protestanten, modern-katholieken, behoudend-katholieken en niet-christenen. Uitgebreid: T. van den Belt & J. Moret, *Management en levensbeschouwing in Nederland* (diss. Nijmegen), Barneveld: Beltom Advies 2010. Zie ook: *Radboud Universiteit* 16 december 2009, ‘Protestantse manager is minder mensgericht’ (persbericht), *Reformatorisch Dagblad* 17 december 2009, ‘Protestantse managers zijn keihard’ en *Trouw* 14 januari 2010, ‘Protestants leidinggeven is wat ouderwets’.

remobiliteit. Het ligt in de rede te veronderstellen dat een tendensinstelling werknemers in dienst neemt die de potentie hebben door te stromen. Uit het oogpunt van een gezonde bedrijfsvoering ligt het voor de hand, daarom van meet af aan het criterium identiteit in de arbeidsovereenkomst een rol te laten spelen.

Gesloten identiteitsbeleving

Om inzicht te krijgen in de identiteitsvraag 'Wie zijn wij en waar willen wij heen?' kan ook worden gekeken naar de betekenis die een instelling aan de identiteit hecht. Van Nijen maakt voor identiteitsbeleving een onderscheid in vijf hoofdtypen organisaties. Bij een instelling van het gesloten type zijn alleen medewerkers op hun plaats die voor wat betreft geloofsopvatting overeenstemmen met de specifieke richting die daar wordt aangehangen. Het gesloten type benadert het nog te bespreken denkkader van de institutionele theorie.

Een gesloten type arbeidsorganisatie zal van alle werknemers een vergaande binding aan de identiteit eisen. Met dit uitgangspunt kan goed samengaan dat leidinggevendenden over extra kwaliteiten moeten beschikken in het kader van de vormgeving en uitvoering van het identiteitsbeleid. Een te sterke nadruk op hun rol bij het verwezenlijken van de identiteit is niet op zijn plaats. Wil een tendensinstelling van het gesloten type kunnen functioneren, dan zal identiteit door de hele arbeidsorganisatie heen voor alle werknemers van wezenlijke betekenis moeten zijn.¹³¹

2.2.5 Maatschappelijk verantwoord ondernemen

Triple P Bottom Line

Uit overwegingen van identiteit vraagt maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) om een bewuste keuze. MVO betekent dat een instelling behalve het streven naar winst (profit) rekening houdt met het effect van de activiteiten op de fysieke leefomgeving (planet) en oog heeft voor menselijke aspecten binnen en buiten de onderneming (people), ook wel de Triple P Bottom Line genoemd (de drie p's).¹³² Een centraal uitgangspunt van MVO dat verwantschap met de te bespreken institutionele theorie toont, is het concept stakeholderschap.¹³³

Hoewel codes, rapporten en verslagen over elkaar buitelen, of misschien juist daarom, is de precieze afbakening van datgene wat onder MVO valt, niet te geven. Zaken als corporate governance, integriteit en duurzaam beleggen hebben een

131 Jacobs is van mening dat een instelling die geen onderscheid wil maken en die alle medewerkers in dezelfde mate aan bijzondere eisen wil houden, in die keuze moet worden gerespecteerd. Jacobs 1994, p. 173.

132 <<http://www.mvonderland.nl/>>

133 Zie paragraaf 2.3. Buiten beschouwing blijft de invoering van de maatschappelijk onderneming. Deze ondernemingsvorm voorziet in het optuigen van de al bestaande rechtspersonen stichting en vereniging met uitgebreidere wettelijke verplichtingen. Doel is het creëren van een herkenbare (semipublieke) rechtsvorm en het geven van meer ruimte voor eigen beleid met behoud van een maatschappelijke verantwoordelijkheid. De Raad van State heeft het wetsvoorstel van een negatief advies voorzien. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 003, nr. 4. Uitgebreid: Kroeze 2010, p. 1405-1409. Zie ook: *Binnenlands Bestuur* 13 november 2009, 'Ondernemen onder toezicht'.

eigen invulling, maar houden er op een of andere wijze weer verband mee.¹³⁴ De Sociaal-Economische Raad (SER) spreekt van een containerbegrip.¹³⁵ Het genereren van waarde op langere termijn zal op de financieel-economische dimensie plaatsvinden, alsmede op ecologische en sociale grootheden.¹³⁶

In de juridische context draait de discussie rond MVO vooral om twee vragen. Hoeveel verwachten we aan verantwoord ondernemerschap bovenop datgene waartoe het geldend recht al verplicht? Is de extra inspanning vrijblijvend, of brengt deze morele of maatschappelijke verplichtingen mee?¹³⁷

Ook voor de tendensinstelling zijn deze vragen betekenisvol. De plus die MVO biedt, laat zich bij uitstek met het tendenskarakter van een instelling verbinden. De godsdienst of levensbeschouwing die de basis voor identiteit vormt, geeft aanleiding bewust te sturen op MVO. Het zijn van de identiteit – gebaseerd op de grondslag, gesteund door de cultuur en weerspiegeld in het imago – geeft richting aan het doen van MVO. Dat heeft gelding buiten de instelling, maar ook binnen de eigen arbeidsorganisatie.¹³⁸

Stakeholderschap

Een ander, centraal element bij MVO is het begrip stakeholder (belanghebbende).¹³⁹ MVO heeft als uitgangspunt dat aan alle partijen op de belangen waarvan het handelen van de instelling invloed heeft, recht wordt gedaan. De verwezenlijking van de doelstellingen van de instelling komt door MVO in het teken te staan van het besef dat een instelling onderdeel uitmaakt van een groter geheel en daarop invloed heeft. Hoewel identiteit in een uiterste geval zou kunnen inhouden dat MVO zeer bewust buiten de deur wordt gehouden, kan worden verondersteld dat de gemiddelde tendensinstelling de identiteitsbepaalde doelstellingen plaatst in het kader van die omgeving waarop het doen en laten van de instelling effect heeft.

Voor een christelijke instelling bijvoorbeeld staat al het doen en laten in het teken van de aan God af te leggen verantwoording. Graafland & Van der Duijn Schouten typeren God in dit verband als 'primaire stakeholder'.¹⁴⁰ Zij zoeken de rechtvaardiging van Zijn belangen in de opvatting dat God als Schepper van deze wereld uiteindelijk Eigenaar van alle geschapen dingen is. Zodoende komt er een

134 MVO Nederland constateert dat de afbakening een probleem vormt. *Het Maatschappelijk Verslag 2004*. MVO Nederland in beweging 2004, Utrecht: MVO Nederland 2004, p. 4.

135 *De winst van waarden* 2000, p. 10.

136 *De winst van waarden* 2000, p. 13. Steeds meer bedrijven zien MVO als een wezenskenmerk van het moderne ondernemen, en rapporteren hierover. *Duurzame globalisering: een wereld te winnen* 2008, p. 16.

137 In juridische zin hebben we het over afdwingbaarheid via bijvoorbeeld open normen in het privaatrecht, of zelfregulering. Enneking 2010, p. 402.

138 Mazereeuw 2010, p. 9.

139 Thyssen definieert kernachtig: 'A stakeholder is a party who influences and is influenced by the decisions of an organization.' Thyssen 2009, p. 156. Uitgebreid: Thyssen 2009, p. 155-178 en McEwan 2001, p. 328-338. Het concept stakeholder is de tegenhanger van het concept shareholder. Behalve de organisaties of particulieren die voor het benodigde kapitaal zorgen, de aandeelhouders, zijn veel meer partijen bij een bedrijf betrokken. R.E. Freeman, *Strategic Management: A stakeholder approach*, Cambridge University Press 2010.

140 Graafland & Van der Duijn Schouten 2001, p. 17.

koppeling tot stand tussen MVO en het bekende beeld van het rentmeesterschap.¹⁴¹

Op welke wijze MVO als resultante van de weging van de drie p's en in de relatie met de stakeholders invulling krijgt, hangt nauw met de identiteit samen. Bij een bewust identiteitsbeleid past een gerichte benadering van MVO.

2.2.6 Conclusie

De tendensinstelling is vanuit een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit gericht op het verwezenlijken van een gemeenschappelijk gedeeld ideaal. Deze specifieke identiteit is de *raison d'être* van de tendensinstelling. Het is daarom van belang te onderkennen wat identiteit behelst. Een instelling leidt een bestaan en beschikt over eigenschappen. In onderscheid van de identiteit van de binnen de arbeidsorganisatie werkzame personen heeft een instelling een eigen, als sociale constructie vormgegeven identiteit. Deze identiteit kan worden gezien als de tastbare manifestatie van de persoonlijkheid van de instelling. De kernwaarden en bezieling, ofwel grondhouding en drijfveren, klinken erin door.

Tussen de identiteit van de instelling en de persoonlijke identiteit van de werknemers bestaat een wisselwerking. Van synergie is sprake wanneer de persoonlijke identiteit van de werknemer en de identiteit van de arbeidsorganisatie in belangrijke mate samenvallen. De werknemer ervaart dan een grote mate van medeverantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van het doel van de instelling. Identiteit heeft een dynamisch karakter. Identiteit krijgt tevens gestalte in relatie met de omgeving en is dus voortdurend in beweging. Vanuit een oriëntatie op de eigen identiteit zal een instelling een antwoord moeten formuleren op zich voortdurend wijzigende omstandigheden.

Aldus toegelicht, omvat het begrip identiteit meer dan de betekenissen die er doorgaans in het recht aan worden toegekend. Het dichtst in de buurt komt identiteit in de zin van hoedanigheid, zoals ontwikkeld door Tjittes. Hoedanigheid kan gelden als een wegingsfactor om een rechtsverhouding tussen contractspartijen te duiden.

Identiteit moet worden gezien in samenhang met grondslag, cultuur en imago. De grondslag is voor de tendensinstelling vertrekpunt van en toetssteen voor de identiteit. Die identiteit richt zich naar de grondslag, zodat over een grondslag-identiteit kan worden gesproken. Iedere instelling heeft een eigen cultuur, gevormd door waarden, normen en regels die de leden houvast geven in hun gedrag. De waarden, normen en regels van de cultuur liggen in het verlengde van de identiteit. Identiteit geeft richting aan de cultuur, cultuur versterkt de identiteit. Imago is vervolgens de weerslag van de beleving en waardering ervan door waarnemers buiten de instelling. Het gaat om de explicitering van identiteit. Grondslag is de basis voor de identiteit. Cultuur is de beleving ervan en imago de verbeelding.

De identiteit van een tendensinstelling staat of valt met de persoonlijke betrokkenheid van de werknemers bij die identiteit. Hoewel leidinggevend de koers be-

141 Een twintigtal interviews met ondernemers geeft Graafland & Mazereeuw een indicatie dat de inzet voor MVO met het geloof in het hiernamaals samenhangt. Graafland & Mazereeuw 2005, p. 8 e.v.

palen en deskundigen de toon zetten, is moeilijk voor te stellen hoe in een arbeidsorganisatie identiteit gestalte kan krijgen, als deze niet in alle geledingen doorwerkt en leeft. Voor een goed begrip van de tendensinstelling en de interne samenhang van de arbeidsorganisatie is het zaak te onderkennen dat ook werknemers van wie de functie geen rechtstreeks raakvlak heeft met de identiteit, in en door hun functioneren de identiteit wel degelijk kunnen beïnvloeden. Het versmallen van identiteit tot de betekenis ervan voor de vervulling van een specifieke functie, is een miskennis van de betekenis die cultuur heeft voor de identiteit. Een ander aspect dat voor een breed gedragen identiteit pleit, is interne carrièremobiliteit. Uit het oogpunt van een gezonde bedrijfsvoering ligt het voor de hand, van meet af aan het criterium identiteit in de arbeidsovereenkomst een rol te laten spelen.

Een gesloten type arbeidsorganisatie zal van alle werknemers een vergaande binding aan de identiteit eisen. Met dit uitgangspunt kan goed samengaan dat leidinggevendenden over extra kwaliteiten moeten beschikken in het kader van de vormgeving en uitvoering van het identiteitsbeleid. Maar een te sterke nadruk op hun gewicht voor de identiteit is niet op zijn plaats. Het functioneren van een tendensinstelling van het gesloten type vergt dat identiteit door de hele arbeidsorganisatie heen voor alle werknemers van wezenlijke betekenis moet zijn.

Bij een bewust identiteitsbeleid past een gerichte benadering van MVO. De godsdienst of levensbeschouwing die de basis vormt voor identiteit, geeft aanleiding bewust op MVO te sturen. Het zijn van de identiteit geeft richting aan het doen van MVO.

2.3 Institutionele theorie

2.3.1 Inleiding

De institutionele theorie biedt een rechtstheoretisch model om de tendensinstelling als bijzonder type arbeidsorganisatie beter te begrijpen. Uiteengezet wordt eerst op welke wijze de institutionele theorie de individuele arbeidsverhouding plaatst in de context van een collectief na te streven ideaal. Daarna wordt ingegaan op de herleving van de institutionele theorie in de discussie in de rechtspraktijk over de flexibiliteit van het arbeidscontract.

2.3.2 Verklarend model

Institution, idée d'oeuvre en contract

De institutionele theorie probeert vanuit de invalshoek van de arbeidsverhouding een verklarend model voor organisatorische verhoudingen te geven.¹⁴² Een uiteen-

¹⁴² Dorssemont legt in een messcherpe uiteenzetting de fundering van het arbeidsrechtelijke debat over de institutionele theorie bloot. Dorssemont 2003.

zetting van de institutionele theorie volgt, waarna een verbinding wordt gelegd met de tendensinstelling als organisatorische uitingsvorm van subsidiariteit of soevereiniteit in eigen kring.¹⁴³

De institutionele theorie beoogt tegenwicht te bieden aan met fascistische ideologieën verbonden corporatistische theorieën.¹⁴⁴ De oudste papieren staan op naam van Maurice Hauriou.¹⁴⁵ Centraal in zijn visie staat het instituut (institution). Deze is de organisatorische uiting van een door de deelnemers gemeenschappelijk gedragen ideaal (une idée d'oeuvre ou d'entreprise). Het instituut heeft een eigenstandige juridische werkelijkheid die losstaat van de overkoepelende rechtsorde (de staat). Het instituut krijgt door de gezamenlijke inspanningen van aanhangers van het ideaal in de loop van de tijd toenemend concreet gestalte. Dit proces verloopt in twee fasen. De eerste is incorporatie. Het instituut krijgt representatieve bestuursorganen en kan aan het rechtsverkeer deelnemen. De tweede is personificatie. In deze fase gaan alle aanhangers van het ideaal binnen de kaders van de organisatie in alle opzichten in overeenstemming met de geest van het ideaal handelen. In de eindtoestand is de institution de volmaakte objectivering van de idée d'oeuvre. De bij de instelling betrokken personen dragen deze in de meest brede zin van het woord. In voldragen vorm is het instituut de geformaliseerde sublimatie van een gemeenschappelijk gedragen ideaal. De betrokkenheid van de werknemers strekt verder dan enkel uit een contractuele gebondenheid kan voortvloeien.

Aan de wieg van aandacht voor de arbeidsorganisatie als samenhangende eenheid staat in Nederland De Gaay Fortman met het door hem ontwikkelde ondernemingsbegrip. Behalve in het licht van de (economische) doelstelling kan en moet de onderneming ook worden gezien als organisatie waarin arbeid wordt verricht.¹⁴⁶ Geïnspireerd door Hauriou noemt De Gaay Fortman eenheid, ook van leiding, als behorend tot de wezenskenmerken van de onderneming in het arbeidsrecht.¹⁴⁷ De beelden die daarbij passen, zijn voor De Gaay Fortman die van een organisme en van een machine.¹⁴⁸

‘Ons uitgangspunt bij onze beschouwingen van de verhoudingen in de onderneming is dat deze is een verband, een organisme, waarvan de onderdelen op subtiele wijze in elkaar grijpen en wederkeerig voor elkaar onmisbaar zijn. De onderneming heeft

143 De institutionele theorie is een andere dan de institutionele rechtstheorie. De grondleggers van de laatste, Neil McCormick en Ota Weinberger, beogen een onderscheid aan te brengen tussen de ontologie en de morele waarde van het recht. Dit moet een debat over het systeem van het recht mogelijk maken, zonder dat vragen over de normatieve lading ervan de argumentatie vertroebelen. De institutionele rechtstheorie biedt een handvat om te verklaren onder welke voorwaarden een bestendige sociale praktijk als rechtsinstitutie (stelsel van regels) kan worden beschouwd. Neil McCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, 1986; Neil McCormick, *Institutions of Law*, 2007. Zie ook: Van Wageningen 2003.

144 <<http://www.sillon.net/>> en <<http://www.hauriou.net/>>.

145 Uitgebreid: M. Hauriou, ‘La théorie de l’institution et de la fondation’, *Cahiers de la Nouvelle Journée* 1925 (nr. 4), p. 2-45.

146 In 1936 is de betekenis van interne organisatieverhoudingen nog volstrekt onderbelicht. In de uiteenzetting van De Gaay Fortman heeft de onderneming in ‘technisch-organisatorische zin’ een onverbreekelijke relatie met, maar valt deze meteen van de onderneming in ‘economisch-organisatorische zin’ te onderscheiden. De eerste is in het arbeidsrecht gefundeerd, de tweede in het handelsrecht. Dezelfde relatie kan van toepassing worden geacht op de tendensinstelling en de interne arbeidsorganisatie. De Gaay Fortman 1936, p. 2, 7.

147 De Gaay Fortman 1936, p. 14, 59-63.

148 De Gaay Fortman 1936, p. 72.

niets aan een machine zonder meer of de individuele prestaties van afzonderlijke arbeiders, maar zij moet die machine en die arbeiders kunnen inschakelen in het geheel van haar organisatie. De onderneming kan niet genoegen nemen met een individuele overeenkomst, waarbij zij tegen betaling van een bepaalde som de beschikking krijgt over een zekere hoeveelheid arbeid. Zij moet de beschikking hebben over een mensch, die met andere mensen samenwerkt in een liefst duurzaam verband.'

Als grote verdienste van de institutionele theorie beschouwt De Gaay Fortman de bestaansgrond ervan in een idee of gedachte die een organiserende macht ten aanzien van individuen heeft. Deze macht is zodanig, dat individuen zich voor een bepaald gedeelte van hun activiteit geheel op deze idee instellen en die zich door deze als het ware een bepaalde functie in het om de idee ontstane verband laten welgevalen.¹⁴⁹

In een tijd waarin wordt benadrukt dat werknemers deel van de organisatie uitmaken waarvoor zij werkzaam zijn, past het aan de dag leggen van betrokkenheid bij het bereiken van de doelen waarnaar de instelling streeft.¹⁵⁰ Het accentueren van samenhang en eenheid in de arbeidsorganisatie gaat noodzakelijkerwijs met respect voor de arbeidsverhouding en de rechtspositie van werknemers gepaard. De 'idee' mag geen hiërarchische inrichting van de 'institution' dicteren waarvoor het contract slechts een te nemen hindernis betekent.¹⁵¹ Van de werknemers mag anderzijds een flexibele opstelling en loyale houding worden verwacht. De eenheid van de arbeidsorganisatie treedt sterker naar voren naarmate de idealen de instelling intenser kleuren en de arbeidsverhoudingen duidelijker in het teken van de verwezenlijking van de doelstellingen staan.

Subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring

Het denkkader van de institutionele theorie sluit bij de tendensinstelling en de bijbehorende arbeidsorganisatie aan. Dorssemont neemt een 'opvallende belangstelling' waar bij zowel uitgesproken katholieke als anti-revolutionaire gereformeerde rechtstheoretici uit de jaren veertig van de twintigste eeuw. Bij nader inzicht is dat geen verrassing.¹⁵² Het christendom biedt een vruchtbare voedingsbodem voor de notie van mensen die vanuit een gedeelde inspiratie gezamenlijk en in hiërarchisch georganiseerd verband bepaalde doelen nastreven. De institutionele theorie sluit aan bij aspecten van de rooms-katholieke gedachte van subsidiariteit en meer nog

149 De Gaay Fortman 1936, p. 66. De juridische status van de institution, of beter: het ontbreken ervan, is voor De Gaay Fortman ondergeschikt aan de gedachte dat deze inzicht in de interne eenheid in de onderneming levert.

150 Luttmer-Kat 1994, p. 330.

151 Georges Renard werkt de institutionele theorie uit in een richting die gelijkwaardige contractspartijen afwijst. De 'idee' die ten grondslag ligt aan de onderneming overstijgt het particuliere belang van de betrokkenen. Het bestaan van een belangengemeenschap op zich impliceert al dat deelname aan een instelling een hoge mate van betrokkenheid en verantwoordelijkheid meebrengt die verder strekt dan een strikt gedefinieerd contract mogelijk maakt. Dorssemont 2003, p. 1330. Uitgebreid: R.G. Renard, *La théorie de l'institution*, Parijs: Sirey 1930 en R.G. Renard, *La philosophie de l'institution*, Parijs: Sirey 1939.

152 Dorssemont 2003, p. 1343. Op p. 1355 ontkent Dorssemont de doorwerking van 'katholieke denkproducten' in de institutionele leer. Dat laat onverlet de mogelijkheid dat de institutionele leer aansluit bij een bepaalde, levensbeschouwelijk gekleurde, wijze van denken over organisatievorming. Zie in dit verband ook de verwijzing van De Gaay Fortman naar het 'Christelijk-solidarisme'. De Gaay Fortman, p. 71, 72.

bij de calvinistische pendant ervan, soevereiniteit in eigen kring.¹⁵³ Dit past weer goed bij de tendensinstelling, die als hecht samenwerkingsverband in betrekkelijke autonomie moet kunnen opereren.

Soevereiniteit voor de eigen tendensinstelling mag aantrekkelijk klinken, er zullen objectiveerbare rechtsnormen voorhanden moeten zijn om deze geldend te maken. Zoals uiteengezet, is het de overheid die de juridische ruimte voor de tendensinstelling afbakent, niet de tendensinstelling als eigenstandige, van de staat onafhankelijke rechtsorde.¹⁵⁴ Het instituut maakt dan ook geen deel uit van de actuele rechtstechniek.¹⁵⁵ Bergsma verwijst de institutionele theorie naar de zijlijn, door erop te wijzen dat deze niet nodig is voor het bewerkstelligen van rechtspersoonlijkheid voor een samenwerkingsverband, terwijl het idee van een elite die een idee ontdekt en de massa die zich daarachter stelt, de karakterisering van de 'moderne onderneming' tekortdoet. Daarmee miskent Bergsma de betekenis van de betrokkenheid van eenieder bij het gemeenschappelijk nagestreefde ideaal, een schragende pijler van de institutionele leer, voor de visie op de samenhang in de arbeidsorganisatie.¹⁵⁶ De constructie van het instituut blijft zich goed lenen om binnen een conceptueel kader de actuele rechtstechniek kritisch te systematiseren.¹⁵⁷ De institutionele theorie kan dienen als verklaring voor het flexibele karakter van de arbeidsovereenkomst tegen de achtergrond van het collectief belang van een instelling.¹⁵⁸

2.3.3 Herleving institutionele theorie

Het belang van de arbeidsorganisatie als collectief voor de uitleg van het contract met de individuele werknemer is ook voorwerp van discussie in de Nederlandse rechtspraktijk. In het verleden kreeg van tijd tot tijd een juridische verhandeling gezelschap van de term 'institutionele zienswijze'.¹⁵⁹ Uit incidenten een bloeiend bestaan destilleren, zou de werkelijkheid negeren. Een uitgebreide zoektocht naar de doorwerking van de institutionele theorie in het Nederlandse arbeidsrecht laat Zondag tot de slotsom komen dat de constructie van Hauriou vooral dient om bepaalde regels van het arbeidsrecht te verklaren, of een pleidooi tot wijziging ervan

153 Zie ook: Borgman 2009, p. 67-70.

154 Dorssemont kwalificeert een arbeidsgemeenschap als een niet-statelijke rechtsorde. Hij keert zich resoluut tegen de erkenning van andere rechtsscheppende machten naast de staat, noemt dit een naturalistische drogredenering waarbij een sprong wordt gewaagd van feit naar recht. Dorssemont 2005, p. 19. Zie ook: L.F.M. Besselink, 3 december 1999, 'Wie vreest wie?' (Coreferaat bij dieslezing door A. Meijers aan de Katholieke Theologische Universiteit te Utrecht).

155 Nederland kent geen rechtsppluralisme. *Schurende relaties* 2007, p. 76.

156 Hoewel anders bedoeld, kan de constatering van Bergsma dat in de moderne onderneming de vernieuwing een geïnstitutionaliseerd proces is geworden, waarbij personeelsbeleid en indoctrinatie 'slechts' erop zijn gericht de individuele doeleinden met de doelstelling van de onderneming te doen harmoniëren, omgekeerd zelfs als een ondersteuning van de institutionele theorie worden beschouwd. Personeelsbeleid en indoctrinatie worden immers uit de aard van de zaak door een 'elite' voor een 'massa' aangestuurd, met als oogmerk de gehele arbeidsorganisatie op het verwezenlijken van de doelstellingen te richten. Bergsma 1965, p. 57.

157 Dorssemont 2005, p. 21.

158 Dorssemont 2003, p. 1331.

159 Dorssemont 2003, p. 1318.

te voeren.¹⁶⁰ De invloed is in de praktijk zeer beperkt gebleven.¹⁶¹

Directe aanleiding voor Zondags zoektocht is de stellingname van de Hoge Raad in het Taxi Hofman-arrest. Op basis van het goed werkgeverschap en goed werknemerschap van art. 7:611 BW oordeelt de Hoge Raad dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan. De werknemer mag dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Dit wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen.¹⁶² Wat redelijk is, hangt van de concrete omstandigheden af, in een afweging van wederzijdse belangen.¹⁶³ Door een nadere invulling van het begrip 'goed werknemerschap' perkt de Hoge Raad het beroep van een werknemer op zijn arbeidscontract in. In een concrete belangenafweging weegt het belang van de arbeidsorganisatie als collectief mee.

In diverse uitspraken na het baanbrekende Taxi Hofman-arrest borduurt de Hoge Raad met wisselende patronen verder op de coöperatieve instelling, flexibiliteit en inschikkelijkheid die een arbeidsrelatie in organisatorisch verband kenmerken.¹⁶⁴ Uit gewezen vonnissen en beschikkingen blijkt de zogenoemde dubbele redelijkheidstoets inmiddels goed ingeburgerd in de lagere rechtspraak.¹⁶⁵ In het arrest Stoof/Mammoet verduidelijkt de Hoge Raad de inhoud van het Taxi Hofman-arrest.¹⁶⁶ Opmerkelijk is de erkenning dat bij de dubbele redelijkheidstoets sprake is van een afzonderlijk benoemd belang van de werkgever en de door deze gedreven onderneming als een van de omstandigheden die naast het belang van de werknemer bij de afweging in aanmerking moeten worden genomen.

In de literatuur heeft het Taxi Hofman-arrest tot een levendige discussie aanleiding gegeven. Centraal staat de vraag op welke basis de Hoge Raad van het strikte criterium voor het terzijde stellen van contractuele regels afwijkt. Diverse auteurs verkondigen uiteenlopende meningen over het wel of niet volgen van de institutionele leer.¹⁶⁷ Hoewel het vergeefs zoeken is naar een expliciete omhelzing, om Dorssemont te citeren, behoort een institutionele benadering van het arbeidsrecht

160 Zondag 2002, p. 8.

161 Zondag 2002, p. 16.

162 HR 26 juni 1998, NJ 1998/767; JAR 1989/19 (Van der Lely/Taxi Hofman).

163 Zie ook: Loonstra & Zondag 2010, p. 317-319.

164 De Laat 2003, p. 27.

165 Zondag 2002, p. 4.

166 Ontbreekt een beding tot eenzijdige wijziging, als bedoeld in art. 7:613 BW, dan is de werknemer in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moeten werkgever en werknemer overeenstemming bereiken. In een bespreking van het arrest stelt De Wolff dat de aard van de gewijzigde omstandigheden sterker lijkt te worden benadrukt. De Wolff 2008, p. 12. HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet II). Zie ook: HR 14 november 2003, JAR 2003/296 (Drie-S-Invest/Mammoet). Loonstra & Zondag wijzen op de nadruk die dit arrest op het goed werkgeverschap legt. Loonstra & Zondag 2010, p. 320.

167 In een preadvies uit 2001 voor de Nederlandse Juristenvereniging stelt Van der Heijden dat de Hoge Raad zich een 'fervent en rigoureuus aanhanger' heeft betoond van de institutionele theorie inzake arbeidsverhoudingen. Zondag 2002, p. 3. Loonstra en Jansen houden de contractuele theorie recht overeind: 'De rechtbank nu redeneert en oordeelt evenwel onmiskenbaar vanuit de contractsleer. In de gepubliceerde lagere rechtspraak is dan ook (terecht) geen eenduidige ontwikkeling te bespeuren ten faveure van de institutionele leer.' Loonstra 2003, p. 46. Genuanceerd, naar aanleiding van het Stoof/Mammoet II-arrest: Loonstra & Zondag 2010, p. 320.

tot de mogelijkheden.¹⁶⁸ Het Taxi Hofman-arrest illustreert hoe de institutionele theorie (of een afgeleide daarvan) de verhouding tussen werkgever en werknemer een duiding kan geven die uitstijgt boven de letter van het arbeidsovereenkomst. De interpretatie van de contractuele binding dient recht te doen aan de werknemer, onder erkenning evenwel dat deze deel uitmaakt van een arbeidsorganisatie in het belang waarvan de werkgever maatregelen kan moeten nemen die aan de verhouding met de individuele werknemer raken.

Verhulp constateert dat de rechtspraak de arbeidsovereenkomst steeds meer binnen de organisatie van de werkgever als samenwerkingsverband plaatst. Bij deze ontwikkeling past de opvatting dat de werknemer zich aan de noden van de organisatie van de werkgever dient aan te passen. Tegenover een afnemend belang van ondergeschiktheid staat een toenemend belang van het goed werknemerschap.¹⁶⁹ Het maatschappelijke tij lijkt gunstig. Of het om human resource management gaat of corporate governance, een holistische duiding van de arbeidsorganisatie is gangbaar. Het perspectief van MVO past in dit beeld. Een werknemer als contractant, laat staan als loonslaaf, heeft een veel lossere binding met de arbeidsorganisatie dan een werknemer die als stakeholder in het arbeidzame leven staat.¹⁷⁰ De institutionele theorie biedt een verklarend model om de praktijk te duiden.

2.3.4 Conclusie

De institutionele theorie probeert vanuit de invalshoek van de arbeidsverhouding een verklarend model te geven voor organisatorische verhoudingen. De door Maurice Hauriou ontwikkelde institutionele theorie kan dienstig zijn bij het duiden van de tendensinstelling. De bij de instelling betrokken personen dragen de 'idéé' van de 'institution' in de meest brede zin van het woord. De betrokkenheid strekt verder dan enkel uit een contractuele gebondenheid kan voortvloeien.

Het instituut leent zich als constructie om binnen een conceptueel kader de actuele rechtstechniek kritisch te systematiseren. De institutionele theorie sluit aan bij de gedachte van de tendensinstelling die als hecht samenwerkingsverband in betrekkelijke autonomie moet kunnen opereren. De tendensinstelling is geen eigenstandige, onafhankelijke rechtsorde. De overheid bakent de juridische ruimte voor de tendensinstelling af door de aanspraken op autonomie met objectieveerbare rechtswetten geldend te maken.

Het belang van de arbeidsorganisatie als collectief voor de uitleg van het contract met de individuele werknemer is voorwerp van discussie in de Nederlandse rechtspraak. Uit een uitgebreide zoektocht naar de doorwerking van de institutionele theorie in het Nederlandse arbeidsrecht trekt Zondag de slotsom dat de constructie van Hauriou vooral dient om bepaalde regels van het arbeidsrecht te verklaren, of een pleidooi te voeren tot wijziging ervan. Al met al is de invloed in

¹⁶⁸ Volgens Dorssmont behoort het overigens 'niet tot de core business van de rechtscolleges om zich aan dergelijke badinerende escapades te wagen'. Dorssmont 2003, p. 1395.

¹⁶⁹ Verhulp 1999, p. 39, 49.

¹⁷⁰ In dezelfde zin: De Gaay Fortman 1936, p. 67, 72.

de praktijk zeer beperkt gebleven. Naar aanleiding van het Taxi Hofman-arrest lijkt van een herleving van de aandacht voor de institutionele theorie sprake.

2.4 Bouwstenen voor visievorming

2.4.1 Inleiding

Nu de betekenis van identiteit voor de arbeidsorganisatie is toegelicht en het gezamenlijk na te streven godsdienstig of levensbeschouwelijk gemotiveerd ideaal in het begripsmatig verklarend model van de institutionele theorie is geplaatst, is het tijd na te gaan hoe de tendensinstelling in de literatuur en in het recht figureert. Deze paragraaf beoogt bouwstenen apart te zetten die kunnen bijdragen aan een nadere afbakening van het begrip tendensinstelling. Eerst komt de gedachtevorming in het Nederlandse taalgebied. Daarna wordt gekeken naar het Duitse medezeggenschapsrecht als oorsprong van het toekennen van een juridisch eigenstandige status aan de tendensinstelling. Een tweeledig Europees perspectief, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en Richtlijn 2000/78/EG van de Europese Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (Kaderrichtlijn), rondt deze oriëntatie af.

2.4.2 Nederland/België

Typering tendenswerkgever

Auteurs bij wie de notie dat het tendenskarakter van een instelling gevolgen voor het werkgeverschap heeft, duidelijk naar voren komt, zijn Jacobs, Verhulp en Vermeulen en de Vlaamse auteurs Overbeeke & Geudens en Cuypers. Een inventarisatie van de literatuur maakt de voornaamste karakteristieken van het tendenswerkgeverschap inzichtelijk. Daarna komen de gevolgen voor de arbeidsverhouding in beeld, onderverdeeld in de aspecten weging van grondrechten en binding aan de identiteit. Afzonderlijk aandacht is er voor de positie van de tendenswerkgever in relatie met andere werkgevers.

In de Nederlandse literatuur is het Jacobs die als eerste een ferm pleidooi voor het concept tendenswerkgever heeft gehouden.¹⁷¹ In een beschouwing over de autonomie van het kerkelijk sociaal recht, constateert hij dat het werkgeverschap van kerkgenootschappen zijn effectiviteit begint te verliezen als dam tegen de penetratie van wereldlijk sociaal recht. De tendensinstelling kan wat Jacobs betreft als vervangende waterkering dienen.¹⁷²

¹⁷¹ Jacobs 1994, p. 176.

¹⁷² Jacobs 1994, p. 172.

‘Ook mij wil het voorkomen, dat het concept van de tendenswerkgever het meest geschikt is om ruimte te geven aan de behoefte van kerken en organisaties en instellingen op godsdienstige grondslag om bijzondere eisen aan de arbeidsverhouding te kunnen stellen.’

Het tendenswerkgeverschap kan op min of meer samenhangende ideologische werkverbanden van allerlei aard worden toegepast. Hierdoor zou het concept binnen een pluriforme democratie op een breed draagvlak kunnen rekenen; breder dan een terugtreden van het commune recht puur en alleen voor de kerken. Werkgevers moeten openlijk kenbaar maken tendenswerkgever te willen zijn. Zij moeten in de praktijk steeds daarnaar handelen. Bij een grote mate van autonomie hoort een eigen geschillenregeling, die aan de normen van een behoorlijk proces moet voldoen. Inbreuk op de vereisten die de tendenswerkgever aan de werknemers stelt, kan tot beëindiging van de arbeidsrelatie leiden.¹⁷³

In navolging van het Duitse Tendenzbetrieb pleit Jacobs voor het gebruik van de term ‘tendenswerkgever’. Het begrip ‘Tendenz’ betekent dat iets een duidelijke strekking of neiging heeft. Er is van een zekere eenzijdige gerichtheid sprake.¹⁷⁴ Een tendensinstelling verwijst naar een instelling met een sterke gerichtheid op een onmiskenbaar te definiëren identiteit.¹⁷⁵ Het Duitse begrip Tendenz legt tevens de band met het tendensrecht van minderheden, te weten het recht van minderheden binnen zekere grenzen hun eigen afwijkende opvattingen te cultiveren.¹⁷⁶

Verhulp richt zich op een werkgever die zich een identiteit, profiel of kleur aanmeet gericht op maatschappij, politiek of levensbeschouwing: een gekleurde werkgever. De keuze voor de kleur kan door godsdienstige, politieke of maatschappelijke redenen zijn ingegeven, maar ook door uitsluitend commerciële overwegingen. In het eerste geval is de kleur vrijwel zonder uitzondering feller dan in het laatste geval.¹⁷⁷ De gekleurde werkgever legt zijn kleur in meer of mindere mate aan de werknemer op, ook in het privégedrag. Een intense kleur van een werkgever valt in wezen terug te voeren op de gecollectiveerde uitoefening van grondrechten door de gekleurde werkgever.¹⁷⁸ De gradatie in kleur in de omschrijving werpt de vraag op hoe de ‘echte’ tendensinstelling van de minder diep gekleurde instelling kan worden onderscheiden. De Awgb is richtinggevend. De godsdienstige of levensbeschouwelijk gekleurde werkgever kan als bijzondere categorie worden beschouwd binnen de brede kring van anderszins gekleurde werkgevers. Werkgevers met deze

173 Jacobs 1994, p. 172, 174.

174 Het Nederlandse woord ‘tendens’ heeft dezelfde strekking als het Duitse ‘Tendenz’ en het Franse woord ‘tendance’. In een samenstelling duidt ‘tendens’ aan dat het daarmee verbonden zelfstandig naamwoord een duidelijke strekking heeft. Voorbeelden zijn tendensbericht en tendensliteratuur. *Van Dale. Groot woordenboek der Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale Lexicografie 1999.

175 Instelling heeft voorkeur boven organisatie. Organisatie ziet op een doelgericht samenwerkingsverband. Instelling ziet op het specifieke doel waarmee de organisatie is opgericht. Hiermee komt de bezielende kracht van de identiteit voor de organisatie beter tot uiting. Schermer & Quint 2008, p. 25.

176 Cuypers noemt deze notie cruciaal, gelet op het gewicht van het grondrechtenvraagstuk van minderheden in de discussie over de positie van de tendensinstelling. Vanwege de negatieve connotatie met het woord ‘tendentieus’, daarbij gevoegd de constatering dat ‘tendensonderneming’ een germanisme is, hanteert Cuypers liever het begrip identiteitsgebonden instelling. Cuypers 2008.

177 Verhulp 2009, p. 435.

178 Verhulp 2009, p. 443.

kleur genieten in de Awgb een wettelijke erkenning die anderszins gekleurde werkgevers in het algemeen niet hebben.¹⁷⁹

Overbeeke & Geudens achten ruimte geboden voor de tendenswerkgever als identiteitsgebonden onderneming. Als voorbeeld noemen zij kerkgenootschappen, vergelijkbare organisaties en onderwijsinstellingen. Voor de verantwoording zijn twee pijlers aan te voeren. De eerste pijler is een botsing van grondrechten. De gezagsuitoefening in genoemde instellingen kan tot een meer vergaande inperking van de fundamentele rechten van de werknemers leiden dan bij reguliere werkgevers het geval is. Dat komt omdat de tendensinstelling zelf gebruikmaakt van fundamentele, grondwettelijke rechten. Evenals Verhulp beschouwen Overbeeke & Geudens gelijke behandeling als meest relevante context voor de tendenswerkgever.¹⁸⁰ Complexe vragen over de ruimte voor de tendensinstelling doen zich vooral in vraagstukken over de non-discriminatiewetgeving voor.¹⁸¹ De tweede pijler is de maatschappelijke component. De tendensinstelling verantwoordt vanuit de identiteit een zekere mate van autonomie ten opzichte van de rest van de samenleving en vervult tevens een kritische functie ten opzichte van de gangbare opvattingen binnen de samenleving.¹⁸²

Cuypers, een bron van inspiratie voor Verhulp, plaatst de thematiek in het licht van concurrerende grondrechten.¹⁸³ Hij beschouwt de ontwikkeling van het begrip identiteitsgebonden onderneming als onvermijdelijk in het licht van het discriminatieverbod. Centraal staat de vraag in hoeverre de tendensinstelling bij de aanwerving en bij het ontslag het levensbeschouwelijke argument mag hanteren zonder in discriminatie te vervallen. De uitwerking van de betekenis van de eigen identiteit is daarbij een fundamentele opgave.¹⁸⁴ De autonomie betreffende de kernactiviteiten raakt rechtstreeks aan de grondwettelijke vrijheden. De identiteit van de 'randorganisaties' is een stuk relatiever. De afbakening van grondrechten hangt hier meer af van de context van de tewerkstelling en de functie van de werknemer.¹⁸⁵

Noemenswaardig zijn tot slot de bijdragen van Vermeulen, een auteur die oog heeft voor de gevolgen van de eigen aard en doelstelling van een instelling voor de arbeidsverhouding in het licht van grondrechten. De basis is te vinden in de 'geestelijke vrijheden', met name de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. De mate van de voor de betreffende functie vereiste loyaliteit jegens en identificatie met de werkgever is een relevante afwegingsfactor. Instellingen die het overdragen van godsdienst of levensbeschouwing als doelstelling hebben, geven het sterkst van hun tendenskarakter blijf.¹⁸⁶

179 Verhulp 2009, p. 435.

180 Verhulp 2009.

181 Overbeeke & Geudens 2003, p. 652.

182 Overbeeke & Geudens 2003, p. 651.

183 Verhulp 2009, p. 434, noot 5.

184 Cuypers 2008.

185 Cuypers 2008.

186 Vermeulen 1989, p. 295-298. De begrenzingen van loyaliteit kunnen niet op voorhand worden vastgelegd, want van tevoren kan ook niet worden vastgesteld wat de daaruit voortvloeiende verplichtingen precies zullen behelzen. Om die reden wijst McEwan op het belang van het vastleggen van de verplichting tot loyaliteit in termen van het nauwkeurig omschrijven van individuele verantwoordelijkheden en afspraken (reporting procedures) in het arbeidscontract. McEwan 2001, p. 121.

Weging van grondrechten

Het tendenswerkgeverschap brengt gevolgen met zich voor de arbeidsverhouding.¹⁸⁷ Voor Jacobs is het grote voordeel voor de tendenswerkgever het zich bevrijden van een aantal verplichtingen waaraan werkgevers normaliter zijn gebonden. Het betreft met name die verplichtingen die een botsing opleveren met het ideële gedachtegoed waarvoor de tendenswerkgever staat. Grondrechten, zoals die met betrekking tot gelijke behandeling, het recht op privacy, op vrije meningsuiting, op medezeggenschap en zelfs de godsdienstvrijheid kunnen hierbij worden achtergesteld.¹⁸⁸ De toelaatbaarheid van afspraken en verplichtingen dienen steeds weer aan de hand van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld.

Verhulp ziet in de arbeidsverhouding eveneens ruimte voor een afweging van grondrechten van de werknemer tegen de belangen van de werkgever.¹⁸⁹ Een precieze afbakening van de grondrechten van werkgever en werknemer is niet eenvoudig te geven, beklemtonen Overbeeke & Geudens. Alleen een omvangrijke jurisprudentie of nadere regelstelling door de wetgever kunnen tot een min of meer helder beeld leiden.¹⁹⁰

Cuypers beschouwt de positie van de werknemer in een identiteitsgebonden onderneming vanwege de botsing van grondrechten als een andere dan die van een werknemer ten opzichte van een reguliere werkgever. De bijzondere aard van de werkgever heeft tot inherent gevolg dat de grondrechten van werknemers contractuele beperkingen ondergaan. Deze beperkingen steunen op het recht van identiteitsgebonden onderneming om de geloofwaardigheid te behouden.¹⁹¹

Binding aan identiteit

Een ander aspect van het tendenswerkgeverschap is de binding aan de identiteit. Vermeulen stelt dat zeker in zoverre de betreffende levensbeschouwing de instelling werkelijk 'draagt' en het tot de taak van de werknemers behoort daarin besloten liggende normen en waarden over te dragen, van hen een vergaande identificatie met de grondslag mag worden geëist. Daarnaast mag ook van werknemers van andere tendensinstellingen worden verlangd dat zij instemmen met en handelen conform de grondslag. Slechts onder deze voorwaarde kunnen dergelijke instellingen adequaat de verwerkelijking van hun doeleinden nastreven, gewaarborgd door in grondwet en verdrag geformuleerde geestelijke vrijheden.¹⁹² Het instemmen met een handelen conform de grondslag impliceert dat werknemers daadwerkelijk een levensbeschouwing moeten aanhangen die met de grondslag overeenstemt. Vermeulen gaat zover te stellen dat van deze werknemers mag worden gevergd zich ook buiten de instelling van gedragingen te onthouden die met de grondslag

187 De Awgb leidt voor de godsdienstig of levensbeschouwelijk gekleurde werkgever weliswaar tot het niet toepasselijk zijn van sommige regels, maar veroorzaakt geen andere rechtsverhouding met de werknemer. Verhulp 2009, p. 435.

188 Jacobs 1994, p. 172, 173.

189 Verhulp 2009, p. 438, 442.

190 Overbeeke & Geudens 2003, p. 651.

191 Cuypers 2008.

192 Vermeulen 1989, p. 295-298.

van de instelling strijdig zijn, indien daaruit redelijkerwijs negatieve conclusies zouden kunnen worden afgeleid ten aanzien van de geloofwaardige loyale vervulling van hun functie.¹⁹³

Voor wat betreft het gedrag neigt Verhulp ten aanzien van de intens gekleurde werkgever in de richting van Vermeulen. Veel minder ver gaat Verhulp ten aanzien van het daadwerkelijk delen van de identiteit van de werkgever. Voor wat betreft een werkgever met een ideële doelstelling doet volgens hem in beginsel niet ter zake of de werknemer de doelstelling van de werkgever onderschrijft. Van belang is slechts of de werknemer bereid is zich te richten naar het belang van de onderneming en bereid is in redelijkheid medewerking te verlenen aan de realisering van de doelstelling, voor zover dat binnen het doel van zijn arbeidsovereenkomst noodzakelijk is.¹⁹⁴

Niet alle functies bij een tendenswerkgever zijn in gelijke mate op de identiteit van de werkgever betrokken. Dit vooropgesteld, laat Jacobs de mogelijkheid open dat een tendenswerkgever al zijn medewerkers in dezelfde mate aan bijzondere eisen wil houden. Van de werknemers mag in redelijkheid worden gevergd dat zij weet hadden (kunnen hebben) welke bijzondere eisen de instelling aan hen stelt. Het geniet de voorkeur van Jacobs de gevolgen die tendensbepaalde vereisten kunnen meebrengen, contractueel vast te leggen.

Voor Overbeeke & Geudens maakt het hanteren van een instrumentele of van een organische visie op het werkgeverschap verschil bij het beoordelen van de ruimte om identiteitseisen te kunnen stellen. In de instrumentele visie is het uitgangspunt dat de werknemer in de arbeidsorganisatie een precieze rol is toebedeeld. Het uitoefenen van de functie staat centraal. De context van de arbeidsorganisatie telt slechts mee, indien en voor zover deze directe samenhang met de functie vertoont. Tegenover dit uitgangspunt staat de organisatie als gemeenschap waarin de werknemer organisch participeert, ongeacht diens precieze functie. Het uitoefenen van een enkele functie staat in het teken van het nastreven van de (ideële) doelstellingen van de arbeidsorganisatie als geheel. Diverse tendensinstellingen hangen een organische visie op het werkgeverschap aan. Naarmate de context van de gehele arbeidsorganisatie waarbinnen de functie wordt uitgeoefend nadrukkelijker als belangrijk wordt ervaren, kan het gewicht van en identiteit in, in meer functies tot gelding worden gebracht.¹⁹⁵

Relatie met andere werkgevers

Tot besluit aandacht voor de positie van de tendensinstelling tegenover andere werkgevers. Wat Jacobs aangaat, kunnen tendenswerkgevers slechts een bijzondere behandeling krijgen zolang zij geen monopoliepositie innemen.¹⁹⁶ Als het laatste het geval is, zouden potentiële werknemers die zich aan de identiteit van de instelling willen onttrekken, zich bij gebrek aan een alternatief niet kunnen ontplooiën.

193 Vermeulen 1989, p. 298.

194 Verhulp 2009, p. 441.

195 Overbeeke & Geudens 2003, p. 653.

196 In dezelfde zin: Heijman 2004, p. 43.

Het door de tendenswerkgever ingeroepen privilege zou dan een 'onaanvaardbare inbreuk' betekenen op de burgerlijke vrijheden. Dan komt men volgens Jacobs terecht in een fundamentalisme, dat in het westerse samenlevingsconcept niet thuis hoort.¹⁹⁷

Deze stellingname lijkt een consequente gevolgtrekking van het gegeven dat de tendenswerkgever nu eenmaal een uitzonderingspositie inneemt. Er vallen ook tegenwerpingen aan te voeren. Een monopoliepositie is een andere grootte dan het tendenskarakter van een instelling. Een zorginstelling met een rooms-katholieke identiteit houdt niet op een tendensinstelling te zijn wanneer in de nabije omgeving geen zorginstelling met een openbaar karakter aanwezig zou zijn. Mogelijk is uiterekend het tendenskarakter verantwoordelijk voor de monopoliepositie.¹⁹⁸ Verder kan een tendensinstelling een dusdanig groeiproces doormaken dat een feitelijke monopoliepositie het uiteindelijke resultaat is. Het is een wat al te rigide benadering succesvol opereren van de tendensinstelling met het ontnemen van de tendensstatus af te straffen. Dit klemmt te meer wanneer in voorkomend geval juist het tendenskarakter van de instelling in hoge mate heeft bijgedragen aan het bereiken van de doelstellingen en daarmee gewraakte positie.

Verder is er de vraag, welke unieke arbeidsrechtelijke ontplooiingsmogelijkheden een werknemer zouden kunnen worden onthouden wanneer een tendensinstelling op een bepaald terrein een monopoliepositie zou innemen. Voor functies die nauw verband houden met de identiteit, waarvoor derhalve identiteitseisen gelden, heeft de tendenswerkgever een natuurlijke monopoliepositie die op het zijn van tendensinstelling als zodanig stoelt.

2.4.3 Duitsland

Betriebsverfassungsgesetz

De conceptuele oorsprong van het gebruik van de term tendenswerkgever is te vinden in Duitsland. Deze paragraaf bespreekt de grondleggende beginselen.¹⁹⁹ Behandeling krijgen achtereenvolgens het tendensbegrip in het Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) en de ontwikkeling in de Duitse rechtspraak om de tendensinstelling te beoordelen aan de hand van de functiegebonden invloed die een werknemer op identiteit uitoefent.

Met de Duitse medezeggenschapswetgeving als oorsprong hebben de 'Tendenzbetriebe' een weg gevonden naar het Franse, Spaanse en Italiaanse recht, tot de Raad van Europa toe.²⁰⁰ De oerbron voor het inhoudelijke concept van het Tendenz-begrip is het Betriebsverfassungsgesetz, die een uitzonderingsbepaling voor 'Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften' bevat (dl. 5, hfd. 3, § 118

¹⁹⁷ Jacobs 1994, p. 172. In dezelfde zin: Mulder 1993, p. 217.

¹⁹⁸ Te denken valt aan de Gereformeerde Bijbel Stichting (GBS), een instelling die tot doel heeft het behoud en gebruik van de Bijbel in de zogeheten Statenvertaling en dienovereenkomstig activiteiten ontplooit.

¹⁹⁹ Hoofdstuk 7 geeft een diepgaande uitwerking van de tendensinstelling in het Duitse arbeidsrecht.

²⁰⁰ Jacobs 1994, p. 171.

BetrVG).²⁰¹ Op deze instellingen in de hoedanigheid van werkgever zijn de bepalingen van de wet niet of slechts in beperkte mate van toepassing.

Van de eerste categorie geeft de opsomming van ideële doelstellingen aan welke kenmerken de instelling een Tendenz-karakter verlenen. Het gaat om ondernemingen en bedrijven in de zin van de wet die doelstellingen nastreven op het vlak van politiek, het vakbondswezen, religieus terrein, liefdadigheid, onderwijs, wetenschap of kunst. Ook de media en instellingen waarvan de activiteiten tot de vrijheid van meningsuiting zijn terug te voeren, vallen eronder. Het BetrVG bepaalt dat de betreffende organisaties deze doelen moeten nastreven op een als 'unmittelbar und überwiegend' omschreven wijze. De hoedanigheid van Tendenzbetrieb vereist dus het rechtstreeks en overwegend nastreven van doelstellingen. Voor genoemde instellingen moet het tendenskarakter onmiskenbaar en in beslissende mate van belang zijn.

Op de tweede categorie, 'Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen', is het BetrVG niet van toepassing. Kerkgenootschappen blijven van het bereik van het BetrVG gevrijwaard. De kring van instellingen die tot deze categorie wordt gerekend, wordt ruim getrokken.²⁰²

In geval van twijfel kan onder het Duitse recht een 'Feststellungsantrag' helderheid verschaffen over de status van een instelling. Deze dient om in de verdere loop van een proces zekerheid te hebben over de vraag of van een tendensbescherming sprake is. Met het vaststellen van de status is de juridische positionering als tendensinstelling gegeven.²⁰³

Tendenzträger en identiteit

De bescherming van het tendenskarakter in het Duitse recht heeft grenzen. De gedachte hierachter is dat niet alles wat in een tendensinstelling plaatsvindt, met de identiteit te maken heeft. In de Duitse rechtspraak valt de lijn te ontwaren dat de rechten van medewerkers van Tendenzbetriebe/Tendenzunternehmen slechts dan mogen worden ingeperkt als en voor zover het Tendenz-karakter in het geding is.²⁰⁴

Een complicerende factor is de ontwikkeling van het begrip Tendenzträger. Of een Tendenzbetrieb aanspraken op bescherming tegenover een werknemer kan laten gelden, hangt af van de vraag of de betreffende persoon Tendenzträger is.²⁰⁵ In de loop van de tijd is deze toets in de Duitse tendensrechtspraak een niet te veronachtzamen factor geworden. Voor een positieve kwalificatie is een grote mate van invloed van de werknemer op het verwezenlijken van de identiteitsbepaalde doelstellingen vereist. De achterliggende gedachte is dat niet alle functies in een arbeidsorganisatie aan de identiteit raken. Werknemers van wie de bezigheden niet identiteitsgevoelig zijn, of van wie de invloed gering mag worden geacht, zijn geen Tendenzträger.

Het begrip Tendenzträger heeft betekenis voor de wijze waarop de positie van

201 Inspraak van werknemers heeft in Duitsland een zwaarder accent dan in Nederland. Zie paragraaf 7.3.4.

202 Het kerkgenootschap heeft een eigen arbeidsrecht. Daarover meer in Hoofdstuk 8.

203 BAG 21 juli 1998, 1 ABR 2/98 (Feststellungsantrag).

204 BVerfG 15 december 1999, 1 BvR 505/95, 694/90 en 729/92 (Vastleggen arbeidstijd).

205 Daarover meer in Hoofdstuk 8.

de tendensinstelling wordt beschermd. De focus wordt verlegd van de instelling als geheel naar de invloed van de individuele werknemer op de identiteit. Het mag sterk worden betwijfeld of het begrip Tendenzträger valt te verenigen met een opvatting waarin de door alle betrokkenen gevormde cultuur wezenlijk bijdraagt aan de verankering van de identiteit van een arbeidsorganisatie.²⁰⁶ Dzida & Hohenstatt achten het concept Tendenzträger in wezen ongeschikt om een bijdrage aan de bescherming van een Tendenzbetrieb te kunnen leveren. Zij willen de focus verleggen van verwarrende discussies of een werknemer al dan niet Tendenzträger is naar de fundamentele vraag in welke gevallen identiteitsbepaalde doelstellingen in het geding zijn.²⁰⁷

‘Unserer Auffassung nach ist der von der Rechtsprechung entwickelte Begriff des Tendenzträgers entbehrlich. Für die Einschränkung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats im Tendenzunternehmen ist nicht maßgeblich, ob von einer Maßnahme ein Tendenzträger betroffen ist, sondern ob ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats zu einer ernstlichen Beeinträchtigung oder Vereitelung der geistig-ideellen Zielsetzung eines Tendenzunternehmens führt. Ist dies der Fall, sind Beteiligungsrechte des Betriebsrats auch dann einzuschränken, wenn eine Maßnahme gegenüber einem Nicht-Tendenzträger erfolgt.’

De ontwikkeling van het begrip Tendenzträger in de Duitse rechtspraak moet worden gezien als het zoeken naar een evenwicht tussen aan de ene kant het beschermde karakter van de tendensinstelling en aan de andere kant de gerechtvaardigde belangen van de in de arbeidsorganisatie werkzame personen.

2.4.4 Europa

EVRM

Voor de positie van de tendensinstelling zijn met name de rechtsvorming langs de weg van het EVRM van belang en het recht van de Europese Unie (EU), waarvan in het bijzonder de zogeheten Kaderrichtlijn betekenis heeft. Op de uitgebreide bespreking van deze onderwerpen in Hoofdstuk 3 en 4 vooruitlopend, wordt hier de kern van het rechtskader benoemd.

De jurisprudentie op grond van het EVRM wijst uit dat grondrechten in de arbeidsverhouding doorwerken, terwijl aan de andere kant het tendenswerkgeverschap het uitoefenen van grondrechten beperkt. In geval van conflicterende grondrechtsaanspraken kan de positie van een ‘organization based on certain convictions’ boven die van de werknemer prevaleren.²⁰⁸

Na bestudering van de rechtspraak in verschillende Europese landen, trekt Jacobs de conclusie dat de tendenswerkgever loyaliteit mag verwachten van het

²⁰⁶ Zie paragraaf 2.2.4 en 4.3.4.

²⁰⁷ Dzida & Hohenstatt 2004, p. 1085.

²⁰⁸ ECRM 6 september 1989, 12242/86, D.R. 62, (151) 161 (Rommelfanger/Duitsland).

personeel, hoewel de reikwijdte van die eisen onduidelijk is.²⁰⁹ De rode draad, ook in de jurisprudentie over het EVRM, wordt gevormd door een voortdurend zoeken naar een balans tussen het rechtens laten prevaleren van de visie van de dominante meerderheid, wat zich in de rechten van het individu uit, en het gelijktijdig zoeken naar een respectvolle behandeling van minderheden, wat zich in hun organisatie-recht uit.²¹⁰

Kaderrichtlijn

In het recht van de EU heeft de Kaderrichtlijn grote betekenis.²¹¹ De Kaderrichtlijn beheerst in beginsel alle arbeidsrelaties en de beroepsuitoefening in de lidstaten van de Europese Unie en beoogt het creëren van een algemeen kader met betrekking tot arbeid en beroep voor bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De Kaderrichtlijn heeft tot veel discussie geleid, juist vanwege de vraag welke ruimte de tendensinstelling zou moeten krijgen op het terrein van de arbeid om de identiteit te waarborgen.²¹²

De Kaderrichtlijn kwalificeert de tendensinstelling als 'kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag of godsdienst of overtuiging is gebaseerd'. De tekst van de Kaderrichtlijn over het onderdeel wezenlijke beroepskwalificaties werpt de vraag op of van een instrumentele of van een organische benadering moet of mag worden uitgegaan. Overbeeke & Geudens gaan uit van het tweede, gelet op de totstandkoming van de tekst van het betreffende artikel.²¹³ Met name de reikwijdte van de juridische betekenis die aan het 'ethos' van een arbeidsorganisatie zou moeten worden toegekend, is van wezenlijk belang voor de tendensinstelling.

Bijzondere betekenis komt in dit verband toe aan de verwijzing in overweging 24 in de preambule van de Kaderrichtlijn naar Verklaring nr. 11 bij de slotakte van het Verdrag van Amsterdam. Hierin staat dat de EU de status van kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen in het nationale recht van de lidstaten eerbiedigt en daaraan geen afbreuk doet. De EU eerbiedigt evenzeer de status van levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties.²¹⁴

2.4.5 Conclusie

Diverse auteurs onderkennen dat het tendenskarakter van een instelling gevolgen heeft voor het werkgeverschap. Jacobs heeft als eerste een ferm pleidooi gehouden voor het concept tendenswerkgever. Het concept kan op min of meer samenhangende ideologische werkverbanden van uiteenlopende aard worden toegepast.

Verhulp spreekt over een gekleurde werkgever. De keuze voor de kleur kan

²⁰⁹ Jacobs 1994, p. 171.

²¹⁰ EHRM 10 november 2005, 44774/98, RJ&D 2005-XI (Leyla Sahin/Turkije).

²¹¹ *PbEG* 2 december 2000, L 303/16.

²¹² Uitgebreid hierover: Overbeeke & Geudens 2003 en Cuypers 2008.

²¹³ Overbeeke & Geudens 2003, p. 664.

²¹⁴ Zie ook: *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 14.

door godsdienstige, politieke of maatschappelijke redenen zijn ingegeven, maar ook door commerciële overwegingen. De gekleurde werkgever legt zijn kleur in meer of mindere mate aan de werknemer op, ook in het privégedrag. De godsdienstige of levensbeschouwelijk gekleurde werkgever kan als bijzondere categorie worden beschouwd binnen de brede kring van anderszins gekleurde werkgevers.

Overbeeke & Geudens voeren twee pijlers aan voor de verantwoording. In de eerste plaats is dat een botsing van grondrechten. De gezagsuitoefening in dergelijke instellingen kan tot een meer vergaande inperking van de fundamentele rechten van de werknemers leiden dan bij een niet-tendenswerkgever het geval is. De tweede pijler van verantwoording is de maatschappelijke component. De tendensinstelling verantwoordt vanuit de identiteit niet alleen een zekere mate van autonomie ten opzichte van de rest van de samenleving, maar vervult ook een kritische functie ten opzichte van de gangbare opvattingen binnen de samenleving. Complexe vragen over de ruimte voor de tendensinstelling zullen zich vooral in vraagstukken over de non-discriminatiewetgeving voordoen.

Cuypers beschouwt de ontwikkeling van de identiteitsgebonden onderneming als onvermijdelijk in het licht van het discriminatieverbod. Hij plaatst de thematiek vooral in het licht van concurrerende grondrechten. Daarbij is de uitwerking van de betekenis van de identiteit een fundamentele opgave. De autonomie betreffende de kernactiviteiten raakt rechtstreeks aan de grondwettelijke vrijheden. De identiteit van de 'randorganisaties' is een stuk relatiever. De afbakening van grondrechten hangt hier meer af van de context van de tewerkstelling en de functie van de werknemer.

Vermeulen duidt de gevolgen van de eigen aard en doelstelling van een arbeidsorganisatie voor de arbeidsverhouding in het licht van grondrechten. Hij baseert dit op 'geestelijke vrijheden', met name de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. De mate van de voor de betreffende functie vereiste loyaliteit jegens en identificatie met de werkgever is een relevante afwegingsfactor. Instellingen die het overdragen van godsdienst of levensbeschouwing als doelstelling hebben, geven het sterkst van hun tendenskarakter blijk.

Het tendenswerkgeverschap brengt gevolgen met zich voor de arbeidsverhouding. De aard van de tendensinstelling heeft tot inherent gevolg dat de grondrechten van werknemers beperkingen ondergaan. In de instrumentele visie is aan de werknemers een min of meer precieze rol ten aanzien van de identiteit in de arbeidsorganisatie toebedeeld. In de organische visie participeert de werknemer in de arbeidsorganisatie als organische gemeenschap, waarin het dragen van de identiteit minder op de functie is toegespitst. Hoe meer de godsdienst of levensbeschouwing de instelling 'draagt' en de werknemers ten aanzien van de daarin besloten liggende waarden en normen een betekenisvolle positie innemen, hoe sterker een vergaande identificatie met de grondslag mag worden geëist.

De conceptuele oorsprong van het gebruik van de term tendenswerkgever is te vinden in de Duitse medezeggenschapswetgeving. Het BetrVG geeft een uitzondering voor 'Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften'. Op deze instellingen in de hoedanigheid van werkgever zijn de bepalingen van de wet niet of slechts in beperkte mate van toepassing. Van de eerste categorie geeft de opsomming van ideële

doelstellingen aan welke kenmerken de instelling een Tendenz-karakter verlenen. Het gaat om ondernemingen en bedrijven in de zin van de wet die doelstellingen nastreven op het vlak van politiek, het vakbondswezen, religieus terrein, liefdadigheid, onderwijs, wetenschap of kunst. Ook de media en instellingen waarvan de activiteiten tot de vrijheid van meningsuiting zijn terug te voeren, vallen eronder. De wet bepaalt dat de betreffende organisaties deze doelen moeten nastreven op een als 'unmittelbar und überwiegend' omschreven wijze. De hoedanigheid van Tendenzbetrieb vereist dus het rechtstreeks en overwegend nastreven van doelstellingen. Voor genoemde instellingen moet het tendenskarakter onmiskenbaar en in beslissende mate van belang zijn. Op de tweede categorie, 'Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen', is de Duitse medezeggenschapswet niet van toepassing. Dat kerkgenootschappen gevrijwaard blijven, is ook vanuit Nederlands perspectief een begrijpelijke keuze. Binnen zekere randvoorwaarden zijn zij vrij hun eigen interne organisatie te regelen, zonder dat de overheid zich daarmee verder bemoeit.

De bescherming van het tendenskarakter in het Duitse recht heeft grenzen. De gedachte hierachter is dat niet alles wat in een tendensinstelling plaatsvindt, met de identiteit te maken heeft. In de Duitse rechtspraak valt de lijn te ontwaren dat de rechten van medewerkers slechts dan mogen worden ingeperkt als en voor zover het Tendenz-karakter in het geding is. Of een Tendenzbetrieb of Tendenzunternehmen aanspraken op bescherming tegenover een werknemer kan laten gelden, hangt af van de vraag of de betreffende persoon Tendenzträger is. In de loop van de tijd is deze toets in de Duitse tendensrechtspraak een niet te veronachtzamen factor geworden.

De gedachtevorming rond tendensinstellingen is in Europa voortdurend in beweging. Van belang voor interpretatie van de positie van de tendensinstelling in het nationale recht zijn met name de rechtsvorming via het EVRM en de harmoniserende werking van het recht van de EU, ten aanzien waarvan de Kaderrichtlijn zeker niet ongenoemd mag blijven. Uit de jurisprudentie over het EVRM spreekt een weerkerende erkenning van het juridische belang van op godsdienst en levensbeschouwing gebaseerd organisatievermogen, die in balans moet zijn met de beschermde rechten van het individu.

2.5 Afbakening tendensinstelling

2.5.1 Inleiding

Uiteengezet is welke elementen aan het concept van de tendensinstelling bijdragen. Met behulp van de verworven inzichten volgt een nadere afbakening van de tendensinstelling. Eerst krijgen de inhoudelijke kenmerken van de tendensinstelling bespreking. Vervolgens volgt een categorisering in drie typen tendensinstellingen, te weten het kerkgenootschap, de instelling van bijzonder onderwijs en de onbenoemde tendensinstelling.

2.5.2 Kenmerken

Criteria tendens karakter

Bij het bepalen van de inhoudelijke criteria van de tendensinstelling wordt naar datgene gekeken wat een tendensinstelling van andere instellingen onderscheidt. Het gemis van een eenduidige definitie vooropgesteld, stellen Overbeeke & Geudens als gemeenschappelijke kern dat in een tendensinstelling sprake is van een 'levensbeschouwelijk, inhoudelijk gekleurd project in brede zin van het woord'.²¹⁵ De gemeenschappelijke kern geeft de tendens van de instelling weer. Verhulp spreekt van een kleur, om de identiteit of profiel aan te duiden die is gericht op godsdienst, levensbeschouwing, politiek of maatschappij.²¹⁶ Ook Vermeulen noemt het belang van levensbeschouwing, die in sommige gevallen als dragend kan worden bestempeld voor de arbeidsorganisatie en in andere gevallen minder nadrukkelijk op de voorgrond treedt. Jacobs karakteriseert de tendenswerkgever preciezer.²¹⁷

'Dat begrip is een expressie van de onderkenning dat er bepaalde maatschappelijke verbanden zijn, die zich naar buiten gesloten, als een ideologische eenheid met eigen identiteit willen ontplooien. En dat men aan dergelijke verbanden de kans moet geven hun medewerkers te recruterende, te behandelen en weg te zenden volgens normen die wat anders moeten kunnen zijn dan die welke gelden in het commune sociale recht.'

In deze omschrijving zijn drie elementen te onderscheiden. Een tendensinstelling beoogt als eerste een ideologische eenheid met een eigen identiteit te zijn. Het ideologische element duiden Overbeeke & Geudens en Vermeulen vanuit het perspectief van grondrechten als de godsdienstige of levensbeschouwelijke drijfveren. Verhulp maakt onderscheid tussen de gekleurde werkgever in brede zin en de godsdienstig, levensbeschouwelijk of politiek gemotiveerde tendenswerkgever op welke de uitzonderingen van de Awgb van toepassing zijn. Jacobs trekt de ideologische kring ruimer.

Als tweede presenteert het maatschappelijk verband zich als geheel ('gesloten') naar buiten toe. In de omschrijving van Overbeeke & Geudens is dit de maatschappelijke component. De innerlijke organisatorische samenhang, die zich in de externe presentatie manifesteert, is modelmatig toegelicht in de uiteenzetting over de institutionele theorie.

Als derde leidt het door de specifieke identiteit gekleurde karakter van de instelling (de tendens) tot een betrokkenheid en een bejegening van werknemers die van normen in het reguliere arbeidsrecht kan afwijken.²¹⁸ Voor Verhulp is een uitstraling van het beleid op het gedrag van de werknemers vereist om de werkgever daadwerkelijk kleur te geven.²¹⁹ Het derde element vloeit voort uit de eerste twee. Ook hier biedt de institutionele theorie inzicht in het belang voor een tendensinstelling

²¹⁵ Overbeeke & Geudens 2003, p. 650.

²¹⁶ Verhulp 2009, p. 435.

²¹⁷ Jacobs 1994, p. 171.

²¹⁸ Arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht.

²¹⁹ Verhulp 2009, p. 438.

van het gezamenlijk nastreven van doelstellingen. Hierbij past de door Overbeeke & Geudens benoemde organische visie op het werkgeverschap.

Aan deze drie elementen valt een vierde toe te voegen. Cuypers benadrukt het belang van de identiteit voor het nastreven van de doelstellingen. Het beroep op de identiteit moet dusdanig zijn dat de tendensinstelling daarin daadwerkelijk van een reguliere werkgever valt te onderscheiden.²²⁰ Bij het weergeven van het Duitse recht bleek dat een wezenlijk onderdeel te vormen van de omschrijving in het BetrVG. Op goede gronden beperkt de Tendenzschutz in het Duitse recht zich tot de categorie instellingen voor welke het tendenskarakter rechtstreeks en overwegend ('unmittelbar und überwiegend') samenhangt met het verwezenlijken van het organisatiedoel. Het belang van de ideologische drijfveren voor het nastreven van de doelstelling komt doorslaggevend gewicht toe. Dit vierde element is onmisbaar bij het beoordelen van de vraag in welk geval sprake is van een tendensinstelling.

In de volgende hoofdstukken zal blijken dat een consistente, samenhangende benadering is vereist bij het hanteren van de vier genoemde elementen identiteit, de externe manifestatie van identiteit, de weerslag van identiteit op de arbeidsorganisatie en het gewicht van identiteit bij het nastreven van de doeleinden. Deze overweging in acht genomen, wordt de tendensinstelling samenvattend gekenmerkt door een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit die intern samenhangend en consistent doorwerkt in de arbeidsorganisatie, die zich extern uit en die rechtstreeks en overwegend gewicht toekomt bij het nastreven van de doeleinden.

Godsdienstige en levensbeschouwelijke identiteit

Bij het benoemen van de inhoudelijke criteria voor de tendensinstelling zijn de ideologische drijfveren aan godsdienst of levensbeschouwing verbonden. De overwegende reden de tendenswerkgever een andere positie dan de reguliere werkgever toe te kennen, valt op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging te funderen (art. 6 GW).²²¹ De tendens ziet dan op identiteit die zich vanuit deze gerichte, in de Grondwet verankerde inspiratie laat voeren.²²²

Hierdoor wordt de kring kleiner dan de ruime cirkel van Jacobs en scherper omljnd dan uit het kleurverloop van Verhulp valt op te maken.²²³ De reden hiervoor ligt in de waarde van een juridische status aparte voor de tendensinstelling. Naar gelang de mate van exclusiviteit afneemt, zal de concrete betekenis van het concept tendensinstelling minder betekenis hebben. Door de toespitsing op godsdienst en levensovertuiging komt de tendensinstelling in een juridisch ander licht te staan dan bijvoorbeeld de milieubeweging.²²⁴ Zo wordt meteen het gevaar voorkomen waarop Cuypers wijst, namelijk dat bij een ruimere definitie diverse 'ra-

220 Cuypers legt daarbij de nadruk op kernactiviteiten. Cuypers 2008.

221 De Grondwet waarborgt individuele rechten en collectieve rechten, zoals uit de zinsnede 'in gemeenschap met anderen' blijkt (art. 6 lid 1 GW).

222 Van een negatieve inspiratie is sprake wanneer religie als 'identiteitverlenende instantie' dient, die vooral ten dienste staat van een krachtige positionering tegenover anderen. Borgman 2009, p. 66. Een positieve inspiratie richt zich op het nemen van verantwoordelijkheid in de samenleving. Van Dijk 2006.

223 Weliswaar hanteert Verhulp de Awgb als onderscheidend criterium, maar dat is een negatieve toetssteen die alleen aan het aspect gelijke behandeling is gerelateerd.

224 Jacobs 1994, p. 172.

riteiten' (sekten) maatschappelijke erkenning kunnen proberen af te dwingen.²²⁵

Aangetekend dient overigens te worden dat de term levensbeschouwing op zichzelf genomen al ruimte biedt voor identiteiten die onder de vlag van godsdienst geen schijn van kans zouden maken. In het Nederlands heeft het woord levensbeschouwing een zeer specifieke, institutionele geschiedenis, omdat het de eigenheid van de humanistische zuil moest funderen. Levensbeschouwing wordt vaak gehanteerd als de algemene, neutralere term voor een visie op hoe het leven (zo) goed (mogelijk) is.²²⁶ Evenals godsdienst gaat levensbeschouwing of levensovertuiging van een min of meer samenhangende ideologie uit, die alle of ten minste vele aspecten van het menselijk leven doortrekt.²²⁷ Voor een ideologie is geen eenduidige definitie voorhanden. Het begrip komt veelvuldig voor in samenhang met het aanvallen of verdedigen van politieke, economische en godsdienstige overtuigingen en waarden.²²⁸ Maatschappelijke ideologieën vormen vermoedelijk geen levensovertuiging in juridische zin.²²⁹ Culturele gebruiken die niet aan een overkoepelend mens- en wereldbeeld zijn gerelateerd, zullen niet als uiting van een levensovertuiging worden gezien.²³⁰ Nu valt het grensgebied tussen levensbeschouwing, ideologieën en maatschappelijke opvattingen niet altijd even scherp af te bakenen. Een samenhangende politieke ideologie kan helder omlinjende maatschappelijke opvattingen omvatten. Hoewel geen levensbeschouwing in restrictieve uitleg, of ten minste tot op zekere hoogte een levensbeschouwing met een beperkt karakter, want met name op het verwezenlijken van zekere politieke doelstellingen gericht, kan ook een politieke ideologie een instelling een tendenskarakter geven.

Met inachtneming van het ontbreken van een sluitende definitie van godsdienst en zeker van levensbeschouwing, biedt de afbakening van de tendensinstelling tot instellingen met een daarin gefundeerde identiteit voldoende aanknopingspunten om als juridisch zinvolle kwalificatie dienst te kunnen doen. De afbakening laat voldoende ruimte behalve traditionele godsdiensten ook coherente levensbeschouwingen of ideologieën die in een plurale samenleving een soortgelijke rol vervullen, te bestrijken. Godsdienst en levensbeschouwing maken beide aanspraak op bescherming. Juridisch van belang is vervolgens het rechtens beschermwaardig handelingsterrein zo algemeen en objectief mogelijk te omkaderen.²³¹

Kenbare grondslag

Tot het wezen van de tendensinstelling hoort een expliciet als zodanig kenbare

225 Cuypers 2008.

226 Van de Donk & Plum 2006, p. 42.

227 CGB 18 augustus 2003, 2003-114 (Christelijke opleiding). CGB 2 november 2010, 2010-160 (Vrij op Tweede Paasdag).

228 McEwan 2001, p. 46.

229 CGB 15 april 2008, 2008-39 (Opzij voor mannen). Zie ook noot Zondag onder: EHRM 13 april 2006, 55170/00, JIN 2006/360 (Kosteski/Macedonië).

230 Vermeulen 2007, p. 6. Overheid en rechter nemen in deze een terughoudende opstelling, ook wel als interpretatieve terughoudendheid aangeduid, in acht. Rb. Amsterdam 21 mei 2001, AB 2001/342 (m.n. Vermeulen) (Santo Daime kerk).

231 Religie wordt soms als subcategorie van levensbeschouwing gerekend, omdat er seculiere en religieuze levensbeschouwingen zouden zijn. Labuschagne merkt op dat het recht niet de plaats is de inhoudelijke betekenis van godsdienst en levensovertuiging te bepalen, hoewel de verschillen diepgaand zijn. Labuschagne 1994, p. 39, 40.

identiteit, die zich op de grondslag baseert. De verleiding moet worden vermeden de samenstelling van het werknemersbestand en het reilen en zeilen in de arbeidsorganisatie doorslaggevend te achten als criterium om te bepalen of van een tendensinstelling kan worden gesproken.²³² Het doen en laten van werknemers heeft weliswaar weerslag op de bedrijfsvoering, wat in de cultuur van het bedrijf tot uiting komt.²³³ Bepalend moet echter de vraag zijn of het in de grondslag gefundeerde tendenskarakter een constituerend onderdeel van de bedrijfsvoering uitmaakt. Daar waar het nastreven van godsdienstig of levensbeschouwelijk bepaalde doelstellingen niet vooropstaat, kan niet van een tendenskarakter worden gesproken en daarmee niet van een tendensinstelling.

Voor een tendensinstelling bepaalt niet de cultuur de identiteit, maar de grondslag. De grondslag, het vertrekpunt van en de toetssteen voor de identiteit, biedt als geen ander instrument de mogelijkheid een tendensinstelling als zodanig te kwalificeren. De vanuit de aldus vormgegeven identiteit nagestreefde doelstellingen moeten richtinggevend en controleerbaar met de grondslag corresponderen. Het ligt in de rede de identiteit van een tendensinstelling toe te lichten en vast te leggen in een document dat grondslag, missie of ideologische drijfveren vastlegt. Hoewel geen onmisbaar vereiste voor de tendensinstelling, zijn statuten bij uitstek de vorm die juridisch het meeste houvast biedt.

Evenmin als de cultuur bepalend is, is het imago doorslaggevend. Wel mag en moet een tendensinstelling met een grondslag die geen weerklank vindt in de cultuur en die niet in het imago weerspiegelt, stevige vraagtekens bij de identiteit zetten.

Tendenskarakter en winstoogmerk

De inhoudelijke kenmerken van de tendensinstelling doen veronderstellen dat het om instellingen uit de non-profitsector gaat. Tendensinstellingen maken overwegend deel uit van het maatschappelijk middenveld.²³⁴ Het gaat dan om het geheel van private organisaties en instellingen tussen de overheid en de burger.²³⁵

Ondernemingen of bedrijven die producten vervaardigen of diensten leveren welke geen rechtstreeks en overwegend verband houden met op godsdienst of levensbeschouwing gemotiveerde doelstellingen, zijn geen tendensinstelling. Naarmate de kleur meer door commerciële motieven wordt ingegeven, zal van het onderschrijven van de kleur door de betrokkenen geen sprake meer zijn en zal het respecteren van ideële doelstellingen minder in beeld komen.²³⁶ Toch is het

232 J. Baan, *De weg naar marktleiderschap. Mijn leven als ondernemer*, Amsterdam: Pearson Education Benelux 2005, p. 188. Zie ook: *Quote* 2011 (januari 2012, nr. 324), 'Jan Baans Cordys staat op omvallen', p. 62-67.

233 Directeur Lemkes van Koninklijk Tuinbouwbedrijf Lemkes & Zonen: 'In mijn beleving kan een bedrijf niet christelijk zijn, maar wel geleid worden vanuit Gods maatstaven. Dat beïnvloedt de sfeer in het bedrijf'. Citaat in: H. van Roon & H. J. de Vries, *Ondernemen met God. Christelijke visie op arbeid en ondernemen*, Amsterdam: Buijten & Schipperheijn Motief 2003, p. 77.

234 Een bekende aanduiding is civil society, het deel van de samenleving dat kan worden onderscheiden van de staat, de markt en de private sfeer, waar mensen op vrijwillige basis bijeenkomen om hun eigen belangen of die van anderen te bevorderen. Zie voor bronnen: <<http://www.religie-en-samenleving.nl/>>.

235 *De burger en Europa* 2008, p. 137.

236 Verhulst 2009, p. 440.

mogelijk ook een onderneming of bedrijf als tendensinstelling aan te merken.²³⁷

Een instelling die op het eerste gezicht geen tendensinstelling schijnt te zijn, kan bij nader inzien toch aan de kenmerken voldoen. Een islamitische slagerij is een op winst gericht bedrijf. De lamsbout van een rooms-katholieke slager zal van dezelfde kwaliteit zijn en in prijs vergelijkbaar met de lamsbout van een islamitische slagerij. Toch is er verschil. Dat de islamitische slagerij geen varkenshaasjes in de aanbieding heeft, heeft diepere betekenis dan dat het assortiment van de rooms-katholieke slager groter is. Volgens de islamitische wetgeving moeten moslims zogenaamd rein vlees van zogenaamde reine dieren eten. Een schaap is niet alleen rein omdat het geen varken is. Daarvoor is meer nodig. Alleen het vlees van een rein dier dat op rituele wijze is geslacht, mag werkelijk rein heten. Wie kunnen dergelijk halalvlees bereiden? Dat kunnen slechts belijdende moslims.²³⁸ Tussen twee slagers die bij oppervlakkige beschouwing vergelijkbaar zijn, bestaat bij nader inzien wezenlijk onderscheid. Wanneer is dat het geval? De slagerij moet een ideologische eenheid met een eigen, islamitische identiteit zijn. Dit is naar buiten toe kenbaar. Aan de werknemers worden bijzondere eisen gesteld in verband met het bereiden van halalvlees. Zonder deze kenmerken kan de slagerij de doelstelling van het verkopen van voor moslims op maat gesneden vlees niet verwezenlijken.

Een ander voorbeeld is een uitgeverij die zich volledig toelegt op publicaties van reformatorische signatuur. Rituele voorschriften die het productieproces omgeven, ontbreken. Iedere willekeurige uitgever kan met willekeurig welk personeelsbestand van de ene op de andere dag reformatorische publicaties in het assortiment opnemen. Toch kan ook de reformatorische uitgeverij een tendensinstelling zijn. Een bevestigend antwoord moet volgen op de vragen naar de vier criteria voor een tendensinstelling. Wil de uitgever een ideologische (reformatorische) eenheid met een eigen identiteit zijn? Presenteert de uitgever zich extern als zodanig? Stelt de uitgever met het oog op het verwezenlijken van de identiteit speciale vereisten aan de werknemers? Is de identiteit onlosmakelijk met het verwezenlijken van de doelstelling verbonden, te weten het uitgeven van reformatorische publicaties? Zo ja, dan is de reformatorische uitgever een bedrijf of onderneming en tegelijk een tendensinstelling.

Het maken van winst hoeft het tendenskarakter derhalve niet in de weg te staan. Hoe meer het winst oogmerk echter overheerst, hoe minder snel aannemelijk is dat van een tendensinstelling sprake is. Het tendenskarakter van de instelling zelf zal derhalve in alle opzichten leidend moeten zijn.

2.5.3 Categorisering

Kerkgenootschap en overige tendensinstellingen

Een differentiatie in onderscheiden typen tendenswerkgevers is relevant vanwege het verschil in juridische bejegening. Een onderverdeling kan eerst worden ge-

237 Zo kan een ziekenhuis een tendensinstelling zijn. Anders: J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties* (diss. Amsterdam, VU), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992.

238 Stichting Halal Voeding en Voedsel. <www.halal.nl>.

maakt tussen het kerkgenootschap en overige tendensinstellingen. Apart aandacht vraagt de positie van het zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap tegenover overige tendensinstellingen. Vervolgens kan ten aanzien van de overige tendensinstellingen een verfijning worden aangebracht. De instelling van bijzonder onderwijs geldt hierin als aparte categorie ten opzichte van de zogenoemde onbenoemde tendensinstelling.²³⁹

Als eerste in een onderverdeling te noemen component zijn kerken. De Kaderrichtlijn spreekt eenvoudig over kerken (art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn). De Awgb heeft het over kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag (art. 3 sub a Awgb). Het BetrVG bestempelt 'Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen' tot aparte categorie. Ook uit de literatuur spreekt de haast vanzelfsprekende erkenning van een status aparte voor de kerken.

De grondwettelijk beschermde positie voor kerken strekt ver. Om het historisch perspectief aan te stippen: het ontstaan van Nederland als onafhankelijke staat is te danken aan een tachtigjarige oorlog met de vrijheid van godsdienst als ultieme inzet.²⁴⁰ De Nederlandse wetgeving heeft in het BW en in de Awgb vergaande uitzonderingsposities gecreëerd. In de uitwerking voor de praktische bejegening van kerkgenootschappen in art. 2:2 BW is bepaald dat deze rechtspersoonlijkheid bezitten. Voor hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, is dat eveneens van toepassing. In het spraakgebruik heet het dat kerken worden geregeerd door hun eigen statuut. Een kerkbegrip dat instellingen omvat die op een of andere wijze rechtstreeks aan een kerk zijn verbonden, is vanwege de organisatievrijheid van kerken onontkoombaar, maar brengt meteen juridische complicaties teweeg.

Als tweede component komt een groep tendensinstellingen in beeld, die geen kerk is. De Kaderrichtlijn definieert deze als particuliere organisaties waarvan de grondslag of op godsdienst of op overtuiging is gebaseerd (art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn). De Awgb benoemt instellingen op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag, op politieke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs (art. 5 lid 2 onder a, b en c Awgb). Het BetrVG geeft een opsomming van terreinen van het maatschappelijk middenveld waarop dergelijke tendensinstellingen werkzaam zijn. Het betreft onderwijsinstellingen, vakbonden, charitatieve instellingen, instellingen op het vlak van de politiek, levensbeschouwing, wetenschap, kunst en de media. Ook voor de Nederlandse situatie is deze herkenbaar. Wat Jacobs aangaat, kan de benaming tendenswerkgever van pas komen voor feministische uitgeverijen, milieuorganisaties, wetenschappelijke bureaus van politieke partijen enzovoorts.²⁴¹ Vermeulen noemt als niet limitatieve voorbeelden maatschappelijke instellingen als scholen, welzijnsorganisaties, ziekenhuizen en dergelijke op bijzondere grondslag.²⁴²

²³⁹ In de gevallen waarin het rechtens relevant is, zal op de categorisering worden teruggegrepen.

²⁴⁰ Het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie in Nederland op 6 maart 1853 kan als formeel sluitstuk van een periode worden beschouwd waarin de overheid verschillende religies verschillend bejegende.

Zie uitgebreid: B. Kromhout, 'Tegen Rome, voor Oranje', *Historisch Nieuwsblad* 2011 (nr. 8), p. 51-57.

²⁴¹ Jacobs 1994, p. 171.

²⁴² Vermeulen 1989, p. 298.

In lijn met het hiervoor besprokene over tendensinstelling in het bedrijfsleven, is de non-profitsector in het maatschappelijk middenveld sterk vertegenwoordigd. Dit spoort met de kenmerken van de tendensinstelling, waarvan de kern is besloten in een ideologische gedrevenheid en minder in het maken van winst. Het wegfilteren, op enkele uitzonderingen na, van bedrijven en ondernemingen verkleint het speelveld voor tendensinstellingen aanzienlijk. De Duitse rechtspraak laat zien dat de afbakening het oeverloos uitdijen van de aanspraak op tendensbescherming voorkomt.²⁴³

Samenvattend zijn twee hoofdgroepen tendensinstellingen te onderscheiden. Kerken en instellingen die daaronder kunnen worden geschaard, vormen de eerste component. Als tweede component valt een brede groep overige instellingen als tendensinstelling aan te merken. Deze instellingen zijn met name actief op het maatschappelijk middenveld. In beduidend mindere mate zijn ze in het bedrijfsleven aan te treffen. De hiervoor gegeven inhoudelijke afbakening maakt het opstellen van een uitputtende lijst tendensinstellingen overbodig.

Zelfstandig onderdeel en overige tendensinstellingen

De vraag rijst naar de verhouding tussen de zelfstandige onderdelen en lichamen waarin een kerkgenootschap is verenigd ten opzichte van de overige tendensinstellingen. Een instelling van bijzonder onderwijs kan een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap zijn. Maar dezelfde school kan ook in een stichting of vereniging zijn ondergebracht.

Illustratief voor de afweging is het voorbeeld van Santing-Wubs naar aanleiding van de onrust in de jaren tachtig van de twintigste eeuw bij met name instellingen van christelijke signatuur over de verplichte democratisering van de 'bejaardenoorden'. Inspraak van bewoners en personeel zou de identiteit gevaar kunnen laten lopen. In een poging dat dreigende gevaar te ontlopen, rijst de vraag of het mogelijk is een bejaardentehuis als zelfstandig onderdeel bij een kerkgenootschap onder te brengen als alternatief voor de gebruikelijke stichtingsvorm. Het antwoord luidt bevestigend.²⁴⁴

Jacobs beschouwt de kwalificatie tendenswerkgever als begaanbare route om het juridische schemergebied van zelfstandige onderdelen van kerkgenootschappen niet te hoeven betreden. Een eigen rechtsregime voor de tendenswerkgever zorgt voor duidelijkheid en voorkomt de noodzaak te bezien of een instelling, of het nu de school is of het bejaardenoord, bij een kerkgenootschap moet worden ondergebracht om de beschermde positie te verstevigen. Jacobs motiveert:²⁴⁵

'Het voordeel is bovendien dat men zich niet te zeer hoeft te verdiepen in de vraag of een werkgever wel of niet behoort tot de sfeer van "de kerken" om het recht te hebben om bijzondere eisen aan de arbeidsverhouding te stellen.'

Daar waar het gaat om het creëren van een aparte juridische status voor de school die geen zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap is, schept erkenning van de

243 BAG 21 juli 1998, 1 ABR 2/98 (Feststellungsantrag).

244 Santing-Wubs 2002, p. 26.

245 Jacobs 1994, p. 172.

onderscheiden positie als tendensinstelling inderdaad ruimte. Evenwel is er geen reden een school die als zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap functioneert, onder die koepel weg te halen omdat scholen waarvoor dat niet het geval is, als tendensinstelling worden aangemerkt.

Instelling van bijzonder onderwijs

De groep overige tendensinstellingen is in de instelling van bijzonder onderwijs en de onbenoemde tendensinstelling te onderscheiden. De instelling van bijzonder onderwijs dankt zijn status aparte aan een opvallend kenmerk van het Nederlandse onderwijsstelsel, de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van onderwijs.²⁴⁶ Mentink bestempelt art. 23 GW als een politiek contract waarin de waterscheidingen in de Nederlandse onderwijspolitieke geschiedenis juridisch zijn gecodificeerd.²⁴⁷

‘Gezien de fundamentele belangen die op het spel staan ligt het niet in de rede dat het grondwetsartikel iets prijs zal geven van zijn juridische status als basiswet van de onderwijspolitieke samenleving, dat wil zeggen, het document dat het primaire recht bevat voor de bescherming en handhaving van de rechtswaarden en beginselen waarop de organisatie, bevoegdheden en betrekkingen in de onderwijssamenleving zijn gefundeerd.’

De onderwijsvrijheid voert terug op het jaar 1917, waarin met de financiële gelijkstelling van het bijzonder onderwijs met het openbaar onderwijs een einde komt aan een politieke en maatschappelijke schoolstrijd van bijna een eeuw.²⁴⁸ De onderwijspacificatie houdt in dat ouders vrij zijn scholen naar eigen inzicht op te richten.²⁴⁹ De overheid garandeert onderwijs voor iedere Nederlander. Daarnaast is er onderwijs dat niet vanwege de overheid wordt gegeven en dat de vrijheid van richting belichaamt zoals deze met name tot uitdrukking komt in grondslag en identiteit.²⁵⁰ Het is mogelijk in vrijheid scholen op te richten, personeel aan te stellen, leermiddelen te kiezen en het schoolklimaat met de richting te laten accorderen. Bijzondere scholen zijn financieel gelijkgesteld aan openbare scholen, wat het voor instellingen van bijzonder onderwijs daadwerkelijk mogelijk maakt zich vrijelijk te ontplooiën.

²⁴⁶ Er ligt een sterke relatie tussen de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van godsdienst, wat de vrijheid van onderwijs meer reliëf verleent. Maar zowel in de ontstaansgeschiedenis als in de concrete juridische betekenis gaat het bij de vrijheid van onderwijs om een zelfstandig recht. Beurskens 1991, p. 73.

²⁴⁷ Mentink 2008, p. 4. Art. 23 GW ligt in de Nederlandse rechtsorde verankerd. Heringa e.a. 2011, p. 423. Het grondrecht vormt het fundament van de onderwijsrechtsorde. Uitgebreid: Noorlander 2005, p. 23-27.

²⁴⁸ Uitgebreid: Mentink 2008.

²⁴⁹ De vrijheid van onderwijs bestaat uit de vrijheid van oprichting, de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting. De vrijheid van inrichting is onmisbaar voor de vrijheid van richting, maar kan niet als een apart recht worden gezien. Bunschoten 2009, p. 53. Zie ook: J.G. Macdaniel, ‘De Vrijheid van Onderwijs’, VGS 2011 (dossier Identiteit, deel 1). <<http://www.vgs.nl/beleid-en-ontwikkeling/nieuws/de-vrijheid-van-onderwijs>>.

²⁵⁰ De Onderwijsraad adviseert de Tweede Kamer een ruimere interpretatie van art. 23 GW te hanteren, zodat het stichten van bijzondere scholen op basis van pedagogische visies en relatief nieuwe levensbeschouwelijke overtuigingen voortaan ook mogelijk moet zijn. *Artikel 23 in maatschappelijk perspectief* 2012, p. 35-43. Vanuit de wordingsgeschiedenis van de onderwijsvrijheid bezien, is de verwatering van identiteit over de volle breedte van het bijzonder onderwijs problematisch. Door dit verschijnsel te combineren met de wens tot het oprichten van scholen die niet op een bepaalde godsdienst of levensbeschouwing zijn gebaseerd, geeft de Onderwijsraad de ondermijning van het bijzonder onderwijs een eigentijdse, grondwettelijke legitimatie.

In juridische zin is het zinvol de groep overige tendensinstellingen in de instelling van bijzonder onderwijs en de onbenoemde tendensinstelling te onderscheiden. De grondwettelijke vrijheid van onderwijs heeft in een indrukwekkend stelsel van wetten en regelgeving geresulteerd die de positie van de instelling van bijzonder onderwijs als tendensinstelling omkaderen.²⁵¹ Bij de bespreking van het rechtskader in het volgende hoofdstuk zal blijken dat de vrijheid van de instelling van bijzonder onderwijs de eigen identiteit vorm te geven iets groter is dan die van de onbenoemde tendensinstelling. In de praktijk is het verschil niet uitgesproken groot, wat bij de bespreking in het daaropvolgende hoofdstuk over het verloop van de arbeidsovereenkomst zal blijken.

Onbenoemde tendensinstelling

Binnen de groep overige tendensinstellingen is de onbenoemde tendensinstelling de tweede categorie. Het gaat om een groep van instellingen die aan de inhoudelijke kenmerken van de tendensinstelling voldoet. De aanduiding onbenoemd geeft aan dat het geen instellingen betreft die onder de noemer kerkgenootschap of instelling van bijzonder onderwijs vallen.²⁵²

Voorbeelden van een onbenoemde tendensinstelling zijn zorginstellingen op rooms-katholieke, orthodox-protestantse of antroposofische grondslag.²⁵³ Een christelijke instelling voor armoedebestrijding kan ook als onbenoemde tendensinstelling worden aangemerkt.²⁵⁴ Hetzelfde is van toepassing op een orthodox-protestantse instelling die het behoud en het gebruik van de Bijbel in de Statenvertaling wil bevorderen.²⁵⁵ Een ander voorbeeld van een onbenoemde tendensinstelling is een ggz-instelling voor evangelische hulpverlening op het gebied van psychosociale, psychiatrische en verslavingsproblematiek.²⁵⁶

Uit de genoemde voorbeelden blijkt dat de onbenoemde tendensinstelling met name op het domein van het maatschappelijk middenveld is te vinden. Bij het bespreken van de kenmerken van de tendensinstelling is hierop gewezen. Tegelijk kan niet worden uitgesloten dat een bedrijf met winstoogmerk als onbenoemde tendensinstelling kan worden aangemerkt. Vanzelfsprekend zal aan de inhoudelijke criteria moeten worden voldaan. Een voorbeeld dat aansluit bij de Duitse Tendenzschutz, is een mediabedrijf annex uitgeverij die het bestaansrecht aan het tendenskarakter ontleent.²⁵⁷

251 Verklaard voorstanders van de vrijheid van onderwijs en meer kritisch ingestelde waarnemers hebben in diverse proefschriften uiteenlopende facetten van het bijzonder onderwijs belicht. Van der Net en Beurskens vertegenwoordigen twee stromingen. Van der Net 1976. Beurskens 1991.

252 Een instelling die op het eerste gezicht als onbenoemde tendensinstelling valt aan te merken, kan bij nader inzien toch onder een kerkgenootschap blijken te vallen. Neem een instelling voor het bedrijven van zending, zoals de Zending Gereformeerde Gemeenten te Woerden. <<http://www.zgg.nl>>. De Balkanzending valt weer niet onder een kerkgenootschap en is derhalve wel als onbenoemde tendensinstelling aan te merken. Balkanzending, Staphorst. <http://www.balkanzending.nl/pages/42457/Grondslag_en_verantwoording.html>.

253 R.K. Zorgcentrum Roomburgh, Leiden. <<http://www.roomburgh.nl/>>. Verpleeghuis Salem, Ridderkerk. <<http://www.salem.nl/>>. Leendert Meeshuis, Bilthoven <<http://www.antroz.nl/wonen-zorg/meeshuis.html>>.

254 Woord en Daad, Gorinchem. <<http://www.woordendaadjaarverslag.nl>>.

255 Gereformeerde Bijbelstichting (GBS), Leerdam.

256 De Hoop, Dordrecht. <<http://www.dehoop.org/28600/christelijke-identiteit.html>>.

257 ErdeeMediaGroep. <http://www.erdeemediagroep.nl/index.php?option=com_content&task=view&id=5&Itemid=60>.

2.5.4 Conclusie

Een tendensinstelling kan als zodanig worden gekarakteriseerd wanneer deze aan de inhoudelijke kenmerken daarvoor voldoet. Uit literatuur en recht kunnen vier kenmerken worden gedestilleerd. Als eerste beoogt een tendensinstelling een ideologische eenheid met een eigen identiteit te zijn. Als tweede presenteert het maatschappelijk verband zich als geheel ('gesloten') naar buiten toe. Dit is de maatschappelijke component. Als derde houdt het door de identiteit gestempelde karakter van de instelling (de tendens) een bejegening van werknemers in die van normen in het reguliere arbeidsrecht kan afwijken. Als vierde is daar het belang van de identiteit voor het verwezenlijken van de doeleinden. Het beroep op de identiteit moet dusdanig zijn dat de tendensinstelling daarin daadwerkelijk van een reguliere werkgever valt te onderscheiden. Voor de vier elementen tezamen geldt het vereiste van een consequente, duurzame gedragslijn.

Een rechtens beschermwaardig handelingsterrein voor de tendensinstelling is gediend met een zo algemeen en objectief mogelijke afbakening. Die kan worden gegeven door het begrip op instellingen met een godsdienstige en levensbeschouwelijke identiteit te richten. Evenals godsdienst gaat levensovertuiging uit van een min of meer samenhangende ideologie, die alle of ten minste vele aspecten van het menselijk leven doortrekt. De tendensinstelling als organisatievorm die op de grondwettelijk beschermde vrijheid van godsdienst of levensbeschouwing terugvoert, staat juridisch gezien in een ander licht dan pakweg de milieubeweging. Ook een samenhangende politieke ideologie, hoewel geen levensbeschouwing in restrictieve uitleg, kan invulling geven aan het tendenskarakter.

Veel arbeidsorganisaties ontleen hun identiteit in overwegende mate aan de cultuur. Echter niet de cultuur, maar de grondslag is het uitgangspunt voor het vaststellen wanneer een instelling als tendensinstelling kan worden aangemerkt. Het tendenskarakter van de instelling zelf zal in alle opzichten leidend moeten zijn voor het nastreven van de doeleinden, wil sprake zijn van een tendensinstelling. Niet de werknemers vormen de tendensinstelling, maar de 'idee'. Het ligt in de rede de identiteit van een tendensinstelling toe te lichten en vast te leggen in een document dat grondslag, missie of ideologische drijfveren vastlegt. Hoewel het geen onmisbaar vereiste is voor de tendensinstelling, zijn statuten bij uitstek de vorm die juridisch het meeste houvast biedt.

De tendensinstelling is met name actief op het maatschappelijk middenveld. Mits aan de inhoudelijke kenmerken van de tendensinstelling wordt voldaan, is het mogelijk een bedrijf of onderneming als tendensinstelling aan te merken. Arbeidsorganisaties waar het winstoogmerk overheerst, zijn geen tendensinstelling.

In schema voldoet de tendensinstelling aan de volgende kenmerken:

1. De tendensinstelling ontleent de identiteit aan ideologische drijfveren:
 - a. De grondslag is gebaseerd op godsdienst of levensovertuiging.
 - b. De grondslag is:
 1. kenbaar;
 2. richtinggevend;
 3. controleerbaar.

- c. De tendensinstelling geeft organisatorisch vorm aan de collectieve uitoefening van grondrechten.
- d. De grondslag is de basis en het richtpunt voor identiteit.
- 2. De tendensinstelling streeft de doelstellingen rechtstreeks en overwegend vanuit de identiteit na:
 - a. De meeste tendensinstellingen hebben een ideëel karakter. Ze zijn met name actief op het maatschappelijk middenveld.
 - b. Sommige tendensinstellingen hebben een commercieel karakter. Zij zijn met name actief in het bedrijfsleven.
- 3. De tendensinstelling vergt van werknemers een binding aan de identiteit:
 - a. De tendensinstelling stelt identiteitseisen aan werknemers.
 - b. De identiteitseisen kunnen worden gezien in het licht van:
 - 1. een instrumentele visie op de arbeidsorganisatie;
 - 2. een organische visie op de arbeidsorganisatie.
 - c. De organisatiecultuur is de interne beleving van identiteit.
- 4. De tendensinstelling neemt als homogene eenheid aan het maatschappelijk verkeer deel:
 - a. De identiteit heeft een dynamisch karakter in wisselwerking met de maatschappelijke omgeving.
 - b. Het imago is de externe verbeelding van de identiteit.

De tendensinstelling kan worden onderverdeeld in de twee hoofdgroepen kerkgenootschap en overige tendensinstellingen. De overige tendensinstellingen vallen uiteen in de groepen instelling van bijzonder onderwijs en onbenoemde tendensinstelling. Voor de verdeling in de twee hoofdgroepen en de nadere onderverdeling in twee groepen zijn historisch en juridisch argumenten aan te voeren.

In schema kan de tendensinstelling als volgt worden onderverdeeld:

- 1. kerkgenootschap:
 - a. kerkgenootschap en lichamen waarin het is verenigd;
 - b. zelfstandig onderdeel kerkgenootschap.
- 2. overige tendensinstelling:
 - a. onderwijsinstelling;
 - b. onbenoemde tendensinstelling:
 - 1. instelling met ideëel karakter (met name actief op het maatschappelijk middenveld);
 - 2. instelling met commerciële inslag (met name actief in het bedrijfsleven).

2.6 Rechtspersoonsvorm

2.6.1 Inleiding

Voor deelname aan het maatschappelijk verkeer heeft de tendensinstelling een juridische status nodig. Zo kan de tendensinstelling van een natuurlijk persoon uitgaan. De betreffende persoon heeft de vergaandste vorm van zeggenschap over de identiteit van zijn instelling. Bij een zekere omvang ligt een keuze uit een rechtspersoonsvorm uit het gesloten stelsel van het BW voor de hand. Deze moet aan voorwaarden van dwingend recht voldoen. Wie een winstverdelingsdoel wil nastreven, zal zich van de naamloze of besloten vennootschap moeten bedienen. Van een coöperatief doel is sprake wanneer de rechtspersoon een bedrijf uitoefent ter voorziening in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden. Voor een ideëel doel dienen de burgerlijke vereniging en de stichting.²⁵⁸ Rechtsvormen die zich bij uitstek lenen om de tendensinstelling aan het maatschappelijk verkeer deel te laten nemen, zijn het kerkgenootschap, de burgerlijke vereniging en de stichting. Daargelaten de mogelijkheid dat ook een bedrijf of onderneming mogelijk een tendensinstelling kan zijn, ligt het in de rede op het genoemde drietal in te gaan. Een keuze voor een andere rechtsvorm blijft mogelijk, maar met name de drie genoemde rechtspersoonsvormen lijken zich naar hun aard voor de tendensinstelling te lenen.

2.6.2 Kerkgenootschap

Afbakening begrip kerkgenootschap

Behalve de afbakening als zodanig, is de term kerkgenootschap op zichzelf al onderwerp van discussie.²⁵⁹ De literatuur en jurisprudentie bouwen voort op een oud arrest van de Hoge Raad, dat een zelfstandig naar buiten optredende organisatie van personen als uitgangspunt neemt die zich de gemeenschappelijke godsverering door deze personen op grondslag van een gemeenschappelijke opvatting ten doel stelt en die als zodanig in het leven is geroepen.²⁶⁰ De omschrijving bevat vier elementen. Het eerste is een gemeenschappelijke godsdienstige opvatting. Het tweede is het doel van een gemeenschappelijke godsverering. Het derde is een naar buiten toe zelfstandig optreden. Het vierde is het als zodanig in het leven zijn geroepen.

Een soortgelijke opsomming is te vinden bij Witteveen. Hij legt een voorkeur voor het benoemen van kenmerken van religieuze bewegingen aan de dag, in plaats van een nauwkeurige definitie na te streven.²⁶¹ Ook Asser-Rensen vindt een meer open begrip van een kerkgenootschap beter hanteerbaar en beter passen bij de hui-

²⁵⁸ Löwensteyn 1986, p. 29.

²⁵⁹ Van Drimmelen 2004, p. 21.

²⁶⁰ HR 23 juli 1946, *NJ* 1947/1 (Kerkscheuring Houwerzijl).

²⁶¹ Witteveen 1984, p. 250, 251-255. Santing-Wubs heeft de kenmerken kort samengevat. Santing-Wubs 2002, p. 19, 20.

dige religieuze diversiteit.²⁶² Een kerkgenootschap moet drie kenmerken vertonen. In de eerste plaats is het een gemeenschap van personen. In de tweede plaats is het een gemeenschap met een religieus karakter. In de derde plaats is het een gemeenschap met de wil om kerkgenootschap te zijn.²⁶³ Het objectieve element is de organisatie op grond van religie. Het subjectieve element is het willen gelden als kerkgenootschap. Het als zodanig in het leven zijn geroepen, correspondeert met het als zodanig willen worden beschouwd (in het Duitse recht: Selbstverständnis).

Organisaties die naar hun aard verwantschap met een kerkgenootschap vertonen, maar die het zelf niet zijn, moeten apart worden benoemd. Asser-Rensen spreekt over verwante gemeenschappen. Hoewel ze op geestelijke grondslag zijn gevestigd, zijn ze op iets anders dan op de religieuze beleving gericht.²⁶⁴ Een vereniging die zichzelf een kerk vindt, is dat nog niet altijd en kan dan ook niet als zodanig in het leven worden geroepen.²⁶⁵

In overeenstemming met de eigenstandige positie van de kerken verleent het Nederlands recht geen rechtspersoonlijkheid aan het kerkgenootschap, maar erkent het deze, aldus Asser-Maeijer.²⁶⁶ Asser-Rensen geeft van een gereserveerder opstelling blijk dan zijn voorganger. Uit het recht op de vrije uitoefening van de godsdienst of levensovertuiging volgt niet per definitie het recht van vrije keuze van rechtsvorm. De staat heeft evenwel goede redenen kerkgenootschappen niet in civiele rechtsvormen in te passen.²⁶⁷ Art. 2:2 BW spreekt over kerkgenootschappen, alsmede hun zelfstandige onderdelen en de lichamen waarin zij zijn verenigd als rechtspersoon, zonder de inhoud te specificeren.²⁶⁸ De wettelijke regeling is summier en bevat als enige grens dat het statuut van een kerkgenootschap niet in strijd mag zijn met de wet. De term wet doelt op zeer zwaarwegende dwingendrechtelijke bepalingen. De grens ligt daar, waar de randen van het strafrecht in beeld komen.²⁶⁹ De rechter bepaalt en begrenst de reikwijdte van het begrip kerkgenootschap.²⁷⁰

Zelfstandig onderdeel kerkgenootschap

Behalve kerkgenootschappen zijn ook hun zelfstandige onderdelen en de lichamen waarin zij zijn verenigd, rechtspersoon van eigen aard. Een zelfstandig onderdeel moet als onderdeel van de eigen structuur van het kerkgenootschap worden aange-

262 Een definitie die als een normatief begrip van het kerkgenootschap wordt gehanteerd, doet onvoldoende recht aan de diversiteit van religieuze gemeenschappen. Asser-Rensen 2012, p. 379, 380.

263 Asser-Rensen 2012, p. 380, 381. Van Ee betoogt dat ook instellingen op levensbeschouwelijke grondslag in aanmerking zouden moeten kunnen komen als kerk. Van Ee 1996, p. 178, 179.

264 Asser-Rensen 2012, p. 382.

265 De Amsterdamse seksclub Kloosterorde der zusters van Sint Walburga is geen kerkgenootschap, noch een zelfstandig onderdeel van de zogeheten Kerk van Satan. Een gestructureerde organisatie ontbreekt. Noch bij betalende bezoekers, noch bij de optredende vrouwen is volgens de Hoge Raad verder sprake van enigerlei waarneembare religieuze ervaring. HR 31 oktober 1986, NJ 1987/173 (Sint Walburga).

266 Asser-Maeijer 1997, p. 253.

267 Asser-Rensen 2012, p. 382.

268 Een kerkgenootschap is een corporatie in de zin van art. 10:117 BW. Het Nederlands recht is van toepassing op een kerkgenootschap en de zelfstandige onderdelen en de lichamen waarin zij zijn verenigd, dat als zodanig naar Nederlands recht is opgericht en dat haar zetel in Nederland heeft (art. 10: 118 BW).

269 Oldenhuis 2008, p. 7, 8.

270 Oldenhuis 2008, p. 4.

merkt, het moet als zelfstandig onderdeel worden erkend en het moet enige juridische zelfstandigheid hebben, ofwel als zelfstandige eenheid aan het rechtsverkeer kunnen deelhebben.²⁷¹ In de term 'onderdeel' ligt besloten dat het doel ervan gelijk is aan dat van het kerkgenootschap in het geheel, of dat het een bepaald aspect van het doel vertegenwoordigt.²⁷² Het laatste ligt meer voor de hand, want juist het gegeven dat een deel van het doel niet rechtstreeks door het kerkgenootschap of een andere instelling kan worden verwezenlijkt, motiveert het bestaan van een zelfstandig onderdeel. Gedacht kan worden aan diaconale en charitatieve instellingen. De genoemde criteria voor het zelfstandig onderdeel zijn ook van toepassing op de samenwerking in de lichamen waarin kerkgenootschappen zijn verbonden.²⁷³

Op zijn minst dient er een verband tussen het doel van het kerkgenootschap en het zelfstandig onderdeel te bestaan, wat niet betekent dat de activiteiten van het zelfstandig onderdeel rechtstreeks verband hoeven te hebben met de godsdienstuitoefening van het kerkgenootschap.²⁷⁴ Over het verband tussen kerk en diaconaat bestaat weinig twijfel. Maar kan daarnaast bijvoorbeeld ook een instelling van onderwijs zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap zijn? Met een beroep op de elementen van de Hoge Raad is een ontkennend antwoord mogelijk. Een school heeft immers niet de gemeenschappelijke godsverering ten doel.²⁷⁵ In deze opvatting krijgt godsverering echter een te enge betekenis. In ruimere zin begrepen omvat godsverering mede de activiteiten die hiermee onverbrekkelijk samenhangen. Het is in de eerste plaats aan het kerkgenootschap, geregeerd door het eigen statuut, te bepalen of met een vorm van godsverering het geven van onderwijs of het brouwen van abdijbier onverbrekkelijk samenhangt. Uitgangspunt moet derhalve zijn, dat zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap datgene is wat het kerkgenootschap zelf als zodanig beschouwt. De vrijheid van inrichting van het kerkgenootschap dient als uitgangspunt te worden genomen.²⁷⁶ Blanco Fernández noemt het incoherent aan kerkgenootschappen een ruime vrijheid van inrichting toe te kennen en het resultaat van de uitoefening van die vrijheid te miskennen met als argument dat het resultaat niet voldoet aan de voorstelling die het civiele recht heeft van wat een onderdeel van een kerkgenootschap behoort te zijn.²⁷⁷ Geen enkele wet formuleert een criterium met het oog op het religieus of kerkelijk karakter van de zelfstandige onderdelen.²⁷⁸

Naar kerkelijk recht kan een stichting of vereniging een kerkelijk lichaam zijn.²⁷⁹ Een interkerkelijke stichting op het gebied van de thuiszorg geldt voor het burgerlijk recht echter niet als zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap. De betreffende stichting moet aan alle eisen voldoen die de wetgeving aan deze privaatrechtelijke rechtspersonen oplegt. Het feit dat plaatselijke kerkgenootschap-

271 Asser-Rensen 2012, p. 384, 385.

272 Löwensteyn 1986, p. 26.

273 Asser-Rensen 2012, p. 387.

274 Santing-Wubs 2002, p. 32. Asser-Rensen 2012, p. 386.

275 Löwensteyn 1986, p. 26.

276 Asser-Rensen 2012, p. 386.

277 Blanco Fernández 2005, p. 70.

278 Meijers 2010, p. 68.

279 Asser-Rensen 2012, p. 383.

pen de stichting gezamenlijk hebben opgericht, doet hieraan niets af.²⁸⁰ Meijers is echter van mening dat bovenstaande weliswaar voor stichtingen en verenigingen geldt die niet onder het kerkgenootschap vallen, hoewel ze er door zijn opgericht, maar dat dit onverlet laat dat een kerkgenootschap (in andere gevallen) wel degelijk zou moeten kunnen kiezen voor de rechtspersoonsvorm stichting of vereniging voor een zelfstandig onderdeel. Van belang is slechts een bevestigend antwoord op de vragen of het zelfstandig onderdeel tot het kerkgenootschap behoort en of het, met het oog op deelname aan het burgerlijk rechtsverkeer, rechtspersoonlijkheid heeft.²⁸¹ Daartegenover stelt Van der Ploeg, dat een geloofsgemeenschap óf kerkgenootschap is, óf vereniging of stichting.²⁸²

‘Het kan niet zo zijn dat sommige verenigingen of stichtingen niet onder de bepalingen van boek 2 BW vallen en andere wel, zonder dat de formele wetgever zulks heeft bepaald. De inrichtingsvrijheid voor geloofsgemeenschappen houdt in dat ze als rechtsvorm het kerkgenootschap met verder geen inrichtingseisen kunnen kiezen, of de vereniging of stichting met hun dwingend recht.’

Ook Asser-Rensen gaat ervan uit dat de wil van het kerkgenootschap rechtens als dusdanig te worden erkend, onverenigbaar is met de wil als rechtspersoon van het commune recht te gelden. De onverenigbaarheid van kerkelijk en civiel statuut laat onverlet dat onder omstandigheden, bij wijze van aanvullend recht, regels van het algemene rechtspersonenrecht van toepassing kunnen zijn.²⁸³ Om op voorhand ieder spoor van twijfel over de rechtspersoonlijkheid uit te sluiten, zou als oplossing kunnen worden gezocht, bij de oprichting van een zelfstandig onderdeel te bepalen dat de bepalingen van het civiele recht voor een bepaalde rechtspersoonlijkheidsvorm, in het bijzonder de stichtingsvorm, zullen worden nageleefd.

Bij gerede twijfel over het begrip zelfstandig onderdeel kan de burgerlijke rechter daarover in laatste instantie uitspraak doen. Zijn oordeel zal afhankelijk zijn van de positie en de rechtspersoonsvorm van de betrokken instelling en van de structuur van de kerkelijke organisatie waarmee deze bindingen onderhoudt.²⁸⁴ Meijers meent dat de toetsing zich tot het rechtspersoonlijk karakter van het zelfstandige onderdeel en de statutaire band met het kerkgenootschap dient te beperken.²⁸⁵ In de praktijk speelt de keuze voor de rechtsvorm geen rol van betekenis.²⁸⁶

2.6.3 Vereniging

Een vereniging is een samenwerkingsverband van leden met een bepaald doel (art. 2:26 lid 1 BW). In de vereniging kan collectief op dezelfde wijze en in dezelfde ver-

280 *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 041, nr. 5, p. 14.

281 Meijers 2010, p. 68.

282 Van der Ploeg 2010, p. 117.

283 Asser-Rensen 2012, p. 383.

284 *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 041, nr. 5, p. 25.

285 Meijers 2010, p. 69.

286 Van der Ploeg 2010, p. 128.

scheidenheid worden opgetreden als door individuele personen.²⁸⁷ Löwensteyn karakteriseert de vereniging als manusje-van-alles onder de samenwerkingsvormen, wat omgekeerd evenredig is aan de relatief geringe aandacht voor deze rechtsvorm in literatuur en rechtspraak.²⁸⁸ Doordat de meest uiteenlopende instellingen zich van deze organisatievorm bedienen, is de maatschappelijke betekenis van de vereniging groot.²⁸⁹

Voor samenwerkingsverbanden die rechtspersoonlijkheid begeren anders dan ten behoeve van de bedrijfsvoering ten bate van hun leden, is de burgerlijke vereniging de eerstaangewezen rechtsvorm. Het einddoel van de burgerlijke vereniging mag niet van coöperatieve aard zijn, terwijl het evenmin mag zijn het behalen van winst ter verdeling onder de leden (art. 2:26 lid 2 BW). Niet uitgesloten is dat bedrijfsmatige activiteiten met een ideëel oogmerk samengaan. Voor de tendensinstelling moeten de statutaire activiteiten de vanuit de grondslag bepaalde doelstellingen dienen.

In de Nederlandse constellatie zijn politieke partijen eerst en vooral privaatrechtelijke rechtspersonen.²⁹⁰ Een politieke partij valt onder de bescherming van het verenigingsrecht en de vrijheid van meningsuiting.²⁹¹ Een politieke partij met de verenigingsvorm wordt net als iedere andere vereniging door het burgerlijk recht beheerst.²⁹²

Het lidmaatschap van een vereniging kan betekenen dat zekere beperkingen voor lief moeten worden genomen. In het oog springt de beperking van het recht van vrijheid van meningsuiting door de vereniging.²⁹³ Zeker in een conflictsituatie kan een vereniging hinder of zelfs ernstige schade ondervinden wanneer zaken naar buiten worden gebracht die voor het functioneren van de vereniging beter intern hadden kunnen blijven. In het belang van de vereniging kan in kort geding een spreekverbod worden ingesteld.²⁹⁴

Een bijzondere vereniging is de bij notariële akte als zodanig opgerichte coöperatieve vereniging. Blijkens de statuten moet deze zich ten doel stellen krachtens overeenkomsten in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent, of doet uitoefenen (art. 2:53 lid 1 BW). Voor het maken van onderscheid tussen een stoffelijk doel en een ideëel doel is geen criterium voorhanden. Ondanks de wettekst is niet uitgesloten dat de coöperatie ook de vervulling van andere dan economische belangen mag nastreven. De coöperatie kan zich ten doel stellen (in aanzienlijke mate meer) ideële belangen van de leden te behartigen dan in hun stoffelijke belan-

287 *Handelingen II*, 1952-53, p. 2888.

288 Löwensteyn 1986, p. 106.

289 In het spraakgebruik staat de vereniging voor de burgerlijke vereniging.

290 Art. G1 lid 1 Kieswet schrijft de verenigingsvorm voor.

291 *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 634, nr. 6, p. 4. Zie ook: Heringa e.a. 211, p. 406-408 en Van der Woude 2009, p. 18.

292 *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 634, nr. 6, p. 4.

293 Rb. Maastricht (vz.) 29 december 1999, rolnr. KG 99/550 (Natuurgeneeskundige therapeuten). Uitgebreid: Kollen 2007, p. 165, 166.

294 Vorm en wijze doen er niet toe. Rb. Arnhem (vz.) 28 november 2003, NJF 2004/120 (Vrienden van de Edese Lokale Omroep).

gen te voorzien, mits er tevens sprake is van enig zakelijk verkeer met de leden.²⁹⁵

Een voorbeeld van de mogelijkheden die de coöperatie voor de tendensinstelling biedt, is een krachtenbundeling van schoolbesturen die zich daarmee een goede positie op de markt verwerven en gekwalificeerd personeel kunnen binden. In een coöperatie gaan de scholen niet op in een groter geheel, maar zij behouden hun eigenheid. Op de gebieden waar zij te kwetsbaar zijn, pakken zij de schaalvoordelen. Op de gebieden waar zij zelfstandig willen blijven, bijvoorbeeld met betrekking tot de identiteit, blijven zij autonoom.²⁹⁶

Samenwerking betekent in juridische zin zeggenschap. Daarin ligt het verschil tussen de leden van een samenwerkingsvorm en die van iedere andere gezamenlijk arbeidende groep.²⁹⁷ Een informeel samenwerkingsverband is niet uit de aard van vereniging, maar slechts indien het verband een eigen, van de leden onderscheiden identiteit heeft en als eenheid aan het rechtsverkeer deelneemt.²⁹⁸ Bij de vereniging gaat het in beginsel om de persoon van de leden. De vereniging streeft doelstellingen na die de leden als de hunne mogen en moeten beschouwen. De samenwerking komt tot uiting in het principe dat elk lid een stem heeft.²⁹⁹ Een vereniging kan door het gebrek aan inzet van de leden praktisch als stichting fungeren, wat niet wegneemt dat de juridische organisatievorm leidend blijft.

Ten aanzien van de zeggenschap hanteert de wet een duaal stelsel. Aan de ene kant is er de algemene vergadering, of ledenvergadering als vehikel voor het uitoefenen van de zeggenschap die de leden als samenwerkende personen toekomt. Aan de andere kant is er het bestuur als leidend orgaan, dat door de beperkte omvang, deskundigheid en frequent overleg de mogelijkheid schept voor een weloverwogen en samenhangend, doelmatig en doeltreffend beleid en besluitvorming. Het bestuur bestuurt en geeft daarmee leiding aan de samenwerking (art. 2:44 BW). Alle andere bevoegdheden die wet of statuten niet aan andere organen hebben opgedragen, komen toe aan de ledenvergadering (art. 2:40 lid 1 BW). De dualiteit tekent de onderlinge verhoudingen. Het bestuur is niet ondergeschikt aan de ledenvergadering. Ook de eventuele aanwezigheid van toezichthoudende organen doet aan de dualiteit niet af. Deze organen staan veeleer in dienst van de dualiteit.³⁰⁰

2.6.4 Stichting

De stichting is in de eerste plaats een instrument ter verwezenlijking van de doeleinden die de oprichter(s) heeft/hebben gesteld.³⁰¹ Het statutaire doel behelst in de regel een omschrijving van het terrein van werkzaamheden waarop de rechtspersoon zich kan bewegen (art. 2:285 lid 1 BW). Dit doel moet worden onderscheiden

295 Van der Sangen 1999, p. 119. Terughoudender over het behartigen van ideële belangen is de opstelling van Dijk & Van der Ploeg. Dijk & Van der Ploeg 2007, p. 35. Uitgebreid over de coöperatie en het arbeidsrecht: Jacobs 2010a.

296 Silvius 2003, p. 2.

297 Löwensteyn 1986, p. 30.

298 Asser-Rensen 2012, p. 9.

299 Löwensteyn 1986, p. 108.

300 Löwensteyn 1986, p. 129.

301 De geschiedenis van deze rechtsfiguur gaat terug tot het Romeinse recht. Asser-Rensen 2012, p. 283.

van het einddoel, dat kan worden onderkend door de vraag te stellen waartoe de stichting in het leven is geroepen.³⁰² Hoewel het statutaire doel van de stichting niet mag zijn gericht op winstverdeling ('uitkeringen'; art. 2:285 lid 3 BW), stelt de wet geen specifieke begrenzing aan het terrein van de werkzaamheden. Evenals bij de vereniging zijn bedrijfsmatige activiteiten (werkterrein) derhalve te combineren met een ideëel oogmerk (einddoel).³⁰³

Voor instellingen met een ideëel doel verdient de stichting als organisatievorm in het algemeen de voorkeur boven de vereniging.³⁰⁴ In de praktijk komt het werkterrein van de stichting grotendeels met dat van de vereniging overeen. Voor de veelkleurigheid aan privaatrechtelijke instellingen op het maatschappelijk middenveld die niet de wettelijke structuur van een samenwerkingsvorm hebben, kent de wet geen andere regelingen waaraan deze rechtspersoonlijkheid kunnen ontleen dan de stichting.

Het besturen van de stichting is in beginsel een autonome bevoegdheid van het bestuur.³⁰⁵ Het bestuur vult zich veelal door coöptatie aan.³⁰⁶ Bij de stichting ontbreken als niet-samenwerkingsvorm de leden of aandeelhouders en daarmee een vergadering van een van beide groepen. Een toezichthoudend orgaan hoeft bij de stichting niet aanwezig te zijn.³⁰⁷ Dit aspect maakt de stichting tot aantrekkelijke rechtsvorm voor de tendensinstelling. Een bestuur dat de identiteit wil waarborgen, is gevrijwaard van de invloed van leden of aandeelhouders die van dwingend voorgeschreven wettelijke bevoegdheden gebruik kunnen maken om onverhoopt – bewust of onbewust, abrupt of langs de weg van de geleidelijkheid – een andere koers in te slaan.³⁰⁸

Het hebben van een raad van commissarissen of een college van toezicht waaraan bevoegdheden worden toegekend, hoeft geen schending van het ledenverbod op te leveren.³⁰⁹ Wanneer een vereniging vanwege het waarborgen van de identiteit in een stichting wordt omgezet, zullen de bevoegdheden en taakverdeling dusdanig moeten zijn geregeld, dat de stichting alleen bestuurders en geen verkapte leden (vergadering) kent.³¹⁰ In een constructie van een stichting met een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur zijn de leden van het algemeen bestuur dus in alle opzichten bestuurder. Zo niet, dan dreigt ontbinding of omzetting in een vereniging.³¹¹

302 Löwensteyn 1986, p. 30, 62, 333.

303 Een voorbeeld is uitzendbureau DWN Service van Christelijke Gemeente Nederland ('Noorse Broeders').

304 Hoe minder het doel van een vereniging de persoonlijke belangen van de leden raakt, hoe minder goed de algemene vergadering kan worden geacht te functioneren. Asser-Rensen 2012, p. 289, 290.

305 Asser-Rensen 2012, p. 326.

306 Eventueel onder toezicht van een curatorium of anders genaamd orgaan. Löwensteyn 1986, p. 333.

307 Asser-Rensen 2012, p. 326, 327.

308 In deze zin ook: Van der Ploeg 2010, p. 124.

309 Asser-Rensen 2012, p. 325. Zie over het ledenverbod uitgebreid: Asser-Rensen 2012, p. 318, 319.

310 De rechtsbetrekking tussen stichting en bestuurder is een contractuele verhouding. Het kan een arbeidsovereenkomst betreffen, of opdracht in de zin van art. 7:400 BW. Asser-Rensen 2012, p. 332, 334.

311 Löwensteyn 1986, p. 334.

2.6.5 Conclusie

Voor wat betreft de rechtspersoonsvorm neemt het kerkgenootschap een bijzondere positie in. De Nederlandse wetgeving heeft een vergaande uitzonderingspositie gecreëerd voor het kerkgenootschap. Voor de positie van de tendensinstelling als werkgever is voor het kerkgenootschap het uitgangspunt dat deze door het eigen statuut wordt geregeerd. Voor de zelfstandige onderdelen en lichamen waarin het kerkgenootschap (eventueel) is verenigd, is hetzelfde het geval. Het verplaatsen van zelfstandige onderdelen van de koepel van de kerk naar de overkapping van de overige tendensinstellingen doet derhalve geen recht aan de reikwijdte van het begrip kerkgenootschap.

Voor de overige tendensinstellingen zijn de eenpersoonszaak, de vereniging en de stichting geschikte rechtsvormen die zich voor deelname aan het maatschappelijk verkeer lenen. Categorisch van gebruik uitgesloten is het gebruik van andere rechtsvormen, die meer op het ontplooiën van commerciële activiteiten zijn toegepast, niet. Een bedrijf dat een tendensinstelling is, kan bijvoorbeeld een besloten vennootschap als rechtspersoonsvorm hebben.



Hoofdstuk 3

Rechtskader

3.1 Inleiding

Hoofdstuk 3 zet het rechtskader voor de tendensinstelling op de kaart. Daarmee vormt het de brug tussen de conceptuele duiding van de tendensinstelling in Hoofdstuk 2 en de bespreking van de doorwerking van het tendenswerkgeverschap in de individuele arbeidsverhouding in Hoofdstuk 4 en in het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht in Hoofdstuk 5. Het rechtskader wordt gezien vanuit de invalshoek van de positie van de tendensinstelling als werkgever. Op een aantal onderdelen is het voor een goed begrip nodig lijnen te trekken die verder strekken dan alleen het arbeidsrecht.

Paragraaf 3.2 schetst het internationale kader. Het accent ligt op het EVRM, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), Het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het VN-Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (Vrouwenverdrag). Paragraaf 3.3 richt zich op het rechtskader van de Europese Unie (EU). Paragraaf 3.4 bespreekt het grondwettelijke perspectief. De afweging van grondrechten vormt een rode draad in arbeidsrechtelijke vraagstukken over de tendensinstelling. Vervolgens volgt bespreking van een aantal wetten. De gemeenschappelijke noemer is dat ze bepalingen bevatten die specifiek op de tendensinstelling zijn gericht, of dat ze de tendensinstelling in staat stellen de identiteit in de arbeidsorganisatie te laten doorklinken. Paragraaf 3.5 richt zich op de met afstand gewichtigste wetgeving in dit verband, de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Dan volgen enkele andere wetten die voor de tendensinstelling betekenis hebben. Paragraaf 3.6 stelt de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB m/v) aan de orde. Paragraaf 3.7 gaat over het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Paragraaf 3.8 bespreekt de Wet arbeid vreemdelingen (WAV), de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000), de Wet bescherming Persoonsgegevens (WBP) en enkele bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht (WSr).

De besproken verdragen en wetten geven geen uitputtend beeld, maar zullen in de verdere uitwerking in meer of mindere mate richtinggevend blijken te zijn voor het duiden van de arbeidsverhoudingen in de tendensinstelling. Daarnaast hebben nog enkele wetten grote betekenis voor de tendensinstelling. Deze lenen zich beter voor behandeling aan de hand van de doorwerking van het tendenswerkgeverschap in het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht.

3.2 Internationale Verdragen

3.2.1 Inleiding

Bij de oprichting van de Verenigde Naties (VN) wordt in 1948 de Universele verklaring van de rechten van de mens afgekondigd (Universele Verklaring).³¹² Deze heeft in de navolgende decennia in algemene en specifieke mensenrechtenverdragen uitwerking gekregen. De positie van de tendensinstelling staat in de internationaalrechtelijke context in het teken van een voortdurende afweging tussen verschillende rechten en vrijheden. Een mijlpaal voor Nederland als het gaat om de betekenis van internationale mensenrechten is de ondertekening van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, beter bekend als het EVRM.³¹³ In 1979 wordt Nederland partij bij het IVBPR.³¹⁴ Alvorens de voornaamste kenmerken van het EVRM en het IVBPR te benoemen, wordt ingegaan op de doorwerking van het internationale recht op het nationale niveau. Vervolgens wordt ingegaan op de betekenis van de bescherming van de positie van minderheden in relatie tot instellingen die hun belangen vertegenwoordigen. Dan komt het Europees Sociaal Handvest (ESH) aan bod.³¹⁵ Aan het slot krijgt het Vrouwenverdrag aandacht.³¹⁶

3.2.2 Doorwerking

Internationale verdragen beïnvloeden de mogelijkheid voor de tendensinstelling identiteit in de arbeidssituatie vorm te geven. De doorwerking kan verschillende gedaanten aannemen.

Van indirecte doorwerking is sprake bij de uitleg van open normen van nationaal recht, zoals ten aanzien van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW), onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), of goed werkgeverschap (art. 7:611 BW).

Zeker zoveel duidelijkheid biedt het omzetten van verdragsrechtelijke normen in voor werkgevers bindende regelingen. Zo kunnen lidstaten tot het nemen van maatregelen tegen discriminatie worden verplicht.³¹⁷

312 De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties nam dit document op 10 december 1948 aan. Zie voor de terminologie: Van der Pot 2006, p. 256.

313 Op grond van de preambule beoogt het EVRM de daadwerkelijke erkenning en toepassing van de rechten die zijn neergelegd in de Universele Verklaring van de rechten van de mens, afgekondigd op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, te verzekeren. Datum van inwerkingtreding: 31 augustus 1954, *Trb.* 1990, 156. Nederland werd in 1954 partij.

314 Blijkens de preambule is het IVBPR op de uitwerking van de Universele Verklaring gericht. Verdrag van 19 december 1966, *Trb.* 1969, 99. Datum van inwerkingtreding: 11 maart 1979, *Trb.* 1988, 177. Nederland werd in 1985 partij.

315 Het ESH trad op 26 februari 1965 in werking. *Trb.* 1962, 3. Nederland werd in 1980 partij. Op 4 september 1992 trad het Aanvullend Protocol bij het ESH in werking. *Trb.* 1990, 98. Nederland werd in 1995 partij.

316 Verdrag van 18 december 1979. *Trb.* 1980, 61. Na ondertekening in 1980 werd Nederland in 1991 partij.

317 Hoofddregel is de overheid als primaire normadressaat. Asscher-Vonk & Wentholt 1994, p. 11. Zo wijst de memorie van toelichting bij de Awgb zowel op discriminatieverboden in algemene mensenrechtenverdragen als op verboden in specifieke internationale documenten; *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3.

Daarnaast kan er sprake zijn van directe doorwerking. Bij rechtstreekse werking is een beroep bij de nationale rechter op verdragsbepalingen mogelijk (art. 93 en 94 Grondwet). Hierbij staat niet in de weg dat de rechten in kwestie aan andere grondrechten kunnen raken.³¹⁸ Naarmate bepalingen algemener zijn geformuleerd, meer actief optreden van de overheid vereisen en meer beleidsruimte bieden, zal rechtstreekse werking minder snel worden aangenomen.³¹⁹ In de praktijk hebben de antidiscriminatiebepalingen voor de tendensinstelling de meest wezenlijke, maar in internationale mensenrechtenverdragen in de horizontale rechtsverhoudingen tussen burgers (en maatschappelijke instellingen) onderling nog weinig rechtstreekse toepassing gevonden.³²⁰

3.2.3 EVRM en IVPBR

Rechten en vrijheden

Het IVBPR en zeker het EVRM zijn de voornaamste internationaalrechtelijke referentiekaders voor de positie van de tendensinstelling.³²¹ Het EVRM stelt het individu centraal en verschaft deze een minimumniveau van grondrechten.³²² Het IVBPR behandelt een groot aantal zogenoemde klassieke rechten en vrijheden, zoals de vrijheid van geweten en godsdienst, het recht op privacy en het recht op vereniging en vergadering.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) erkent dat kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen hun leden vertegenwoordigen en als zodanig zelf drager zijn van grondrechten.³²³ Het organisatorische aspect van godsdienstige of levensbeschouwelijke organisatie, zoals het toekennen van rechtspersoonlijkheid, is een zaak van de lidstaten. Wel behoeven religieus gemotiveerde instellingen erkenning door de overheid.³²⁴ Op grond van art. 9 en 11 EVRM genieten religieuze instellingen bescherming tegen ontoelaatbare inmenging door de overheid.³²⁵

318 Hof Den Haag 20 december 2007, NJ 2008/33 (Clara Wichmann/SGP II).

319 *Werkingsfeer Vrouwenverdrag* 2007, p. 2.

320 In de nota naar aanleiding van het eindverslag wetsvoorstel Awgb weet de regering geen bevredigende verklaring te geven op de vraag waarom in de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling zelden in rechte een beroep op antidiscriminatiebepalingen wordt gedaan. *Handelingen II*, 1991/1992, 22 014, nr. 10, p. 4. Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 12. Art. 25 en 26 IVBPR zijn enkele van die bepalingen met rechtstreekse werking. In de literatuur ontbreekt volstrekte eenduidigheid. Als voorbeeld kan dienen de rechtstreekse werking van het Vrouwenverdrag. Zie de beschouwing van Hes e.a. 1996, p. 220-228. Zie ook Wentholt 1997, p. 22, 23.

321 Heringa e.a. 2011, p. 358. Werner & Wessel 2005, p. 348. EVRM: verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 54.

322 Minderheden krijgen weinig expliciete aandacht. Rehman 2003, p. 137.

323 ECRM 14 juli 1987, 12587/86 *D&R* 1987/53 (A.R.M. Chappell/ Verenigd Koninkrijk). EHRM 27 juni 2000, 27417/95 (Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk). Op 1 november 1998 trad het Elfde Protocol op het EVRM in werking. Daarmee werd de ECRM opgeheven, in de hoop daarmee en met andere procedurele aanpassingen de steeds toenemende hoeveelheid zaken beter te kunnen verwerken. Het aantal jaarlijks nieuw geregistreerde klachten was in de periode 1976 tot 1997 van 427 naar 4750 gestegen en het aantal uitspraken van 5 naar 106, waardoor lange wachttijden waren ontstaan voor klagers. Barkhuysen 2004, p. 26.

324 EHRM 5 april 2007, 18147/02, *NJCM-Bulletin* 2007/32 (m.n. Loof) (Scientology/Rusland). EHRM 26 oktober 2000, 30985/96, *RJ&D* 2000/XI, AB 2001/183 (m.n. Kanne) (Hassan en Chaush/ Bulgarije).

325 EHRM 27 juni 2000, 27417/95 (Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk). EHRM 23 september 2010, 1620/03 (Schüth/Duitsland). EHRM 23 september 2010, 425/03 (Obst/Duitsland).

Het EVRM kent een rapportageprocedure, een statenklachtrecht en een individueel klachtrecht, de hoeksteen van het stelsel van toezicht.³²⁶ De bepalingen hebben in het algemeen rechtstreekse werking en kunnen voor de rechter worden ingeroepen.³²⁷

In voorkomende gevallen kunnen de verdragstaten aan dezelfde rechten en vrijheden die zij alle onderschrijven een uiteenlopende invulling geven die de nationale context recht doet. Zo zijn de historisch gegroeide verhoudingen voor de tendensinstelling een relevant gegeven. Als consequentie van deze fundamentele notie kent de zogenoemde ‘margin of appreciation’ de verdragstaten een geconditioneerde grote beleidsruimte in het omgaan met de rechten en vrijheden van het EVRM.³²⁸ Het vinden van de juiste balans tussen de fundamentele rechten en vrijheden vergt een blijvende zoektocht.³²⁹ Van belang voor de tendensinstelling is de erkenning door het EHRM van het autonome bestaan van religieuze gemeenschappen als een onmisbare waarborg voor het pluralisme dat een democratische samenleving kenmerkt.³³⁰

Minderheden

Behalve dat de tendensinstelling als collectief vertegenwoordiger van gebundeld individueel belang aanspraak maakt op fundamentele rechten en vrijheden, maakt deze ook aanspraak op de verdragsrechtelijke bescherming van minderheden.³³¹ De aandacht in het EVRM voor rechten van minderheden of groepsrechten is aan de magere kant.³³² Vanwege onvoldoende supervisie door het EHRM is het risico zelfs aanwezig dat de belangen van religieuze minderheden onvoldoende tot hun recht komen.³³³ Hoewel ook in het IVBPR het individu op de eerste plaats komt, bevat art. 27 IVBPR wel een expliciete bepaling over de positie van minderheden.³³⁴ De rechten van een minderheid komen toe aan individuen die ertoe behoren. De minderheid kan zich in juridisch en organisatorisch opzicht collectief door de tendensinstelling laten vertegenwoordigen.

Voor minderheden, dus voor de tendensinstelling van (toekomstig) belang is ook art. 6 van de VN-Verklaring ter uitbanning van onverdraagzaamheid of discriminatie op basis van geloof of overtuiging. Dit artikel bevat een zeer uitgebreide,

³²⁶ Werner & Wessel 2005, p. 348.

³²⁷ De uitspraken van het EHRM hebben grote invloed. Zo werd in 1985 het Nederlandse Kroonberoep in strijd geacht met het recht op een behoorlijke rechtsgang. EHRM 23 oktober 1985, 1/1984/73/111, AB 1986/1 (Bentham/Nederland). De Vos 2010, p. 124-127, 248-256. Werner & Wessel 2005, p. 350.

³²⁸ Een treffende illustratie is ECRM 7 december 1976, reeks A, nr. 24 (Handyside/Verenigd Koninkrijk). Zie ook: EHRM 16 december 1997, 25528/94 (Rooms-Katholieke Kerk Canea/Griekenland). EHRM 14 maart 2002, 46833/99, JAR 2002, 137 (Diego Nafria/Spanje). Zie ook: Vermeulen 2007, p. 83.

³²⁹ Rehman 2003, p. 153. EHRM 10 november 2005, 44774/98, RJ&D 2005-XI (Leyla Sahin/Turkije). EHRM 13 april 2006, 55170/00, JIN 2006/360 (m.n. Zondag) (Kosteski/Macedonië).

³³⁰ Robbers 2008, p. 3.

³³¹ Zie voor een definitie: *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (UN Sales nr. E. 78.XIV.2, 1991, 96).

³³² Rehman 2003, p. 137.

³³³ Vermeulen 2007, p. 82 e.v.

³³⁴ Volgens Rehman suggereert de omslachtige omschrijving van het artikel dat een staat bestaat uit een homogene meerderheid en een enkele minderheid of enkele minderheden. In de praktijk is het onderscheid vaak minder scherp te trekken, terwijl het accent bovendien op bestaande minderheden ligt. Rehman 2003, p. 314.

niet-limitatieve opsomming van activiteiten die tot de vrijheid van godsdienst (en gedachten, geweten en overtuiging) dienen te worden gerekend. Onder meer gaat het om de vrijheid van opvoeding en onderwijs, en het oprichten en in stand houden van liefdadige en humanitaire instellingen op grondslag van een geloof. Art. 4 onder e roept staten op tot erkenning en bescherming van de vrijheid religieuze, charitatieve of humanitaire instellingen op te richten en in stand te houden.³³⁵ Betekenis heeft verder VN-resolutie 47/135 inzake minderheden.³³⁶ Deze is bedoeld als aanvulling op art. 27 IVBPR en staat een veel actievere houding van overheden voor om de positie van minderheden te garanderen en, waar mogelijk, te verbeteren.

3.2.4 ESH

Na het EVRM wordt het ESH als het belangrijkste Europese mensenrechtenverdrag beschouwd.³³⁷ Het heeft echter nooit in dezelfde mate invloed kunnen uitoefenen als het EVRM, wat werd geweten aan problemen bij de interpretatie en de toepassing van het Handvest ten gevolge van een weinig effectief toezichtmechanisme.³³⁸ De bepalingen van het ESH hebben meer het karakter van aanbevelingen dan van bindende voorschriften. Nederland bekrachtigde het ESH in 1980 en het herziene ESH in 2005.³³⁹

Het genot van de in het ESH neergelegde rechten moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond dan ook, zoals geslacht, godsdienst, politieke of andere overtuiging (deel V, art. E ESH). Alle werknemers hebben recht op gelijke kansen en gelijke behandeling ten aanzien van werkgelegenheid en beroepsuitoefening zonder discriminatie naar geslacht (art. 20 ESH). Een verschil in behandeling dat op een objectieve en redelijke rechtvaardiging is gegrond, wordt echter niet als discriminerend beschouwd (deel V, art. E bijlage ESH).³⁴⁰

Religieuze gemeenschappen en hun instellingen kunnen van de toepassing van het ESH worden uitgesloten. Instellingen die werkzaamheden verrichten geïnspireerd door bepaalde idealen of geleid door bepaalde morele opvattingen, idealen en opvattingen die de nationale wetgeving beschermt, kunnen van de toepassing van het ESH worden uitgesloten voor zover dat noodzakelijk is om de gerichtheid van de onderneming te beschermen (art. 21 lid 4 bijlage ESH). De uitsluiting is daarmee ook van toepassing wanneer sprake is van een onderneming in de zin van art. 21 lid 3 bijlage ESH: het geheel van materiële en immateriële bestanddelen, met of zonder rechtsper-

335 Resolutie 36/55 van de op 25 november 1981 in de 73^e plenaire zitting door de Algemene Vergadering van de VN aangenomen Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief. Zie ook: VN-document A/C.3/60/L.54 van 2 november 2005.

336 Uitgebreid: Rehman 2003, p. 315 e.v.

337 Blijkens de preambule van het ESH is het uitdrukkelijk als aanvulling op het EVRM bedoeld.

338 *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 941, nr. 3, p. 1.

339 Wet van 1 december 2005 tot goedkeuring van het op 3 mei 1996 te Straatsburg tot stand gekomen ESH (herzien), met Bijlage, en van het op 9 november 1995 te Straatsburg tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het ESH betreffende een systeem voor collectieve klachten (*Trb.* 2004, 13 en *Trb.* 2004, 14). *Stb.* 2005, 694.

340 De bepalingen uit het ESH lenen zich volgens de regering niet voor rechtstreekse werking. Een uitzondering is het recht op collectieve actie gebleken. *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 941, nr. 3, p. 4 en nr. 4, p. 8, 9.

soonlijkheid, bestemd voor het produceren van goederen of het leveren van diensten, met winstoogmerk, en met de bevoegdheid het eigen marktbeleid te bepalen.

3.2.5 Vrouwenverdrag

In de belangstelling voor mensenrechten ligt sinds jaren een sterke focus op de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie.³⁴¹ Het Vrouwenverdrag is daarvan een sprekend voorbeeld. Een voorbeeld op het terrein van het arbeidsrecht zijn de rechten van de vrouw bij de arbeid (art. 11 Vrouwenverdrag). De verdragsstaten moeten passende maatregelen nemen om discriminatie van vrouwen in het arbeidsproces uit te bannen.

Art. 7 Vrouwenverdrag bevat een bepaling die de lidstaten verplicht tot het nemen van maatregelen wanneer vrouwen worden gediscrimineerd in het politieke en openbare leven van een land. Hoewel deze bepaling buiten het bereik van het arbeidsrecht valt, biedt de juridische strijd aangaande de positie van de vrouw in de Staatkundig Gereformeerde Partij (SGP) inzicht in de vergaande invloed van mensenrechtenverdragen op de positie van tendensinstelling.³⁴² Dit klemte te meer, daar de spanning tussen het beginsel van gelijke behandeling en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging zo van belang is voor de afbakening van de ruimte voor de tendensinstelling. In een arrest waarin kernvragen rond de SGP-vrouwenkwestie samenkomen, stelt de Hoge Raad dat een afweging van belangen in een concreet geval moet uitwijzen welke van de grondrechten voorrang dient te krijgen.³⁴³ Het arrest brengt een stroom aan publicaties teweeg.³⁴⁴ Kern van de zaak is de vraag welke ruimte er overblijft voor de tendensinstelling wanneer het beginsel van gelijke behandeling juridisch dusdanig sterk wordt gewaardeerd, dat andere grondrechten (met name de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) in de praktijk daarvoor moeten wijken. Najaar 2010 laat de SGP weten de zaak voor te leggen aan het EHRM.³⁴⁵ Bij de procedure zal de vrijheid van godsdienst een prominente plaats in de posities van partijen innemen.³⁴⁶

341 Rehman 2003, p. 80.

342 Artikel 4 lid 1 Beginselprogramma SGP (Partijlidmaatschap): Leden van de partij zijn mannen die de grondslag en de doelstelling van de partij onderschrijven, de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt en zich bij een plaatselijke kiesvereniging in hun woonplaats of gemeente als zodanig hebben aangemeld en zijn toegelaten. (...) Zie over de interne discussie in de SGP: Hippe & Voerman 2004, p. 117.

343 HR 9 april 2010, NJ 2010/388 (m.n. Alkema), AB 2010/190 (m.n. Van Ommeren) (Clara Wichmann/SGP III). Hof Den Haag 20 december 2007, NJ 2008/33 (Clara Wichmann/SGP II). Rb. Den Haag 7 september 2005, NJ 2005/474 (Clara Wichmann/SGP I). Andere procedures: CGB 30 december 1994, 94-17 (Franssen/SGP). Hof Den Haag, 30 november 1995, NJ 1996/324 (Franssen/SGP). Rb. Den Haag 1 november 1995, *Rechtspraak Nemesis* 1995/36 (Franssen/SGP). CGB 21 december 2001, 2001-150 (Grabbijn-Van Putten/SGP). Een andere afweging dan die de HR maakt, is ook mogelijk: ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35 (Subsidiëring SGP II). Rb. Den Haag 30 november 2006, AWB 06/2696 (Subsidiëring SGP I). Zie ook: Loenen 2010, p. 2272, 2273. Zie ook: Kooijman 2010, p. 1599, Peters & Bleeker 2008.

344 Hendriks 2008. Kortmann 2008. Peters & Bleker 2008. Teunissen 2008. De Blois 2010. Kooijman 2010. Kooijman 2010a. Kooijman 2010b. Oomen (e.a.) 2010. Schutgens & Sillen 2010. Van Bijsterveld 2010. Zie verder: Reformatorisch Dagblad 16 april 2010, 'Uitspraak over SGP-vrouwenkwestie verstrekkend'. NRC Handelsblad 17 april 2010, 'De Hoge Raad tast met uitspraak over de SGP de fundamenteën van de parlementaire democratie aan'.

345 *De Banier* 2010 (jrg. 89, nr. 17), 'Naar Straatsburg', p. 4. Zie ook: *Antwoordbrief SGP* 6 april 2001, bijlage bij: *Brief minister Donner aan de Tweede Kamer* 8 april 2011 (kenmerk 2011-2000080619).

346 Dölle 2010.

3.2.6 Conclusie

De erkenning van fundamentele rechten en vrijheden van het individu en het versterken van diens positie tegenover de overheid ligt aan internationale mensenrechtenverdragen als de Universele Verklaring, het EVRM, het IVBPR, het ESH en het Vrouwenverdrag ten grondslag. In het internationale rechtskader is geen gerichte, laat staan samenhangende benadering van de tendensinstelling voorhanden.

Het EVRM en het IVBPR bieden expliciet ruimte aan aanhangers van een bepaalde godsdienst of levensbeschouwing hun overtuigingen in organisatorisch verband gestalte te geven. Beide verdragen laten zien dat bescherming van het individu gepaard moet gaan met bescherming van de collectieve dimensie die wezenlijk deel uitmaakt van het uitoefenen van de rechten en vrijheden waarop deze verdragen zien. Maatschappelijke pluriformiteit wordt mogelijk wanneer samenwerkingsverbanden die daaraan uiting geven, de ruimte krijgen. Het IVBPR heeft bovendien expliciet aandacht voor de rechten van minderheden als groep. Hieruit spreekt de erkenning dat het individu deel uitmaakt van collectieve verbanden die van wezenlijk belang zijn voor de uitoefening van de gewaarborgde rechten en vrijheden. Ook het ESH erkent de eigenstandige positie van de tendensinstelling.

Daartegenover staat de notie dat sommige verdragen specifiek op het individu zijn toegespitst. Het Vrouwenverdrag is daarvan een voorbeeld. Tevens is het Vrouwenverdrag illustratief voor het accent dat in internationale mensenrechten op gelijke behandeling ligt. De jurisprudentie over de SGP-vrouwenkwestie legt het spanningsveld bloot tussen de te beschermen positie van het individu en gelijke behandeling en de eveneens te beschermen positie van de tendensinstelling als collectief vertegenwoordiger van gebundeld individueel belang en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.

3.3 Europese Unie

3.3.1 Inleiding

De invloed van de EU groeit.³⁴⁷ De nauwelijks te overschatten invloed van het Europees recht strekt zich tot het positieve recht en het nationale rechtssysteem uit.³⁴⁸ Deze paragraaf besteedt aandacht aan de betekenis van het Europees recht voor de tendensinstelling. Specifiek wordt ingegaan op de betekenis van het Handvest

³⁴⁷ Pennings 2007, p. 393.

³⁴⁸ Doorgaans wordt de term Europees recht gereserveerd voor het recht in het verband van de Europese Unie. Gemeenschapsrecht, of communautair recht staat voor het recht van de EG. Het Verdrag van Lissabon beoogt een hervorming van de Europese instituties via een reeks amendementen op de verdragen van Rome en Maastricht. Verdrag tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, getekend in Lissabon op 13 december 2007, in werking getreden op 1 december 2009. De geconsolideerde versies van deze verdragen vormen de wettelijke basis voor de Europese Unie. Werner & Wessel 2005, p. 95.

van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest EU) en de Kaderrichtlijn. Tot besluit volgt de rol van het hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).

3.3.2 Handvest EU

In lijn met Verklaring 11 betreffende de status van kerken en niet-confessionele organisaties in de slotakte bij het Verdrag van Amsterdam (Verklaring 11 Verdrag van Amsterdam) geeft het Verdrag van Lissabon het bestaan en functioneren van religieuze instellingen een stevige basis.³⁴⁹ Art. 17 Verdrag van Lissabon stelt:

1. De Unie eerbiedigt de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationaal recht in de lidstaten hebben, en doet daaraan geen afbreuk.
2. De Unie eerbiedigt tevens de status die de levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties volgens het nationaal recht hebben.
3. De Unie voert een open, transparante en regelmatige dialoog met die kerken en organisaties, onder erkenning van hun identiteit en hun specifieke bijdrage.

In toenemende mate moet de nationale wetgever zich naar het bovennationale kader richten.³⁵⁰ Daargelaten de afwezigheid van vergaande formele harmonisatie en grensoverschrijdend arbeidsrecht, beïnvloedt het communautaire recht de positie van de tendensinstelling vergaand op onder meer het vlak van gelijke behandeling (art. 13 en 141 EG-Verdrag).³⁵¹

Een andere bron van Europees recht die voor de tendensinstelling betekenis heeft, is het Handvest EU.³⁵² Het Handvest EU is primair gericht op de instellingen en organen van de EU. Daarnaast zijn, bij de toepassing van het Europees Recht, de lidstaten gebonden (art. 51 lid 1 Handvest EU).³⁵³ Voor zover het Handvest EU grondrechten erkent zoals deze voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, moeten deze een uitleg krijgen in overeenstemming met die tradities. Met de nationale wetgevingen en praktijken moet ten volle rekening worden gehouden (art. 52 Handvest EU).

Het Handvest EU biedt een volwaardige en uitgebreide grondrechtencatalogus. Voor de tendensinstelling van belang is bijvoorbeeld de vrijheid instellingen voor

349 Afgezien van reeds geïnstitutionaliseerde vormen van overleg, zoals het Sociaal en Economisch Comité, staat het denken over de plaats van maatschappelijke organisaties tussen Europese overheid en burger als zodanig nog in de kinderschoenen. Van Bijsterveld 1998, p. 174. Robbers 2008, p. 5.

350 Klosse 2003, p. 9.

351 Over diversiteit, harmonisatie en subsidiariteit: onder meer Boonstra 2003, p. 11, 34, Duk 2002, p. 37-39 en Jaspers 1996, p. 283. Over gelijke behandeling: onder meer Heringa e.a. 2011, p. 87, Pennings 2007, p. 394, Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 16, Asscher-Vonk & Wentholt 1994, p. 25.

352 Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie trad tegelijk met het Verdrag van Lissabon in werking, op 1 december 2009. Tekst: *Publicatieblad van de Europese Unie*, 2010/C83/02. <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_nl.htm>.

353 De Europese Commissie heeft een strategie vastgesteld die de daadwerkelijke uitvoering van het Handvest moet waarborgen. 'Intensivering naleving Handvest van de grondrechten EU', NJ 2010 (nr. 37), p. 2447. De grondrechten behoren tot de algemene rechtsgrondslagen en staan in de gemeenschappelijke normenhiërarchie op hetzelfde niveau als het primaire Gemeenschapsrecht.

onderwijs op te richten en het waarborgen van het recht van ouders zich voor hun kinderen te verzekeren van het onderwijs en de opvoeding die overeenstemmen met hun godsdienstige, hun levensbeschouwelijke en hun opvoedkundige overtuiging. Ook is de EU gehouden de verscheidenheid van cultuur, godsdienst en taal te eerbiedigen (art. 14 en 22 Handvest EU).

3.3.3 Kaderrichtlijn

Enige jaren na de inwerkingtreding van de Awgb kwamen in Europees verband twee richtlijnen tot stand die uitwerking geven aan het non-discriminatiebeginsel van art. 13 EG.³⁵⁴ De werkingssfeer van de in paragraaf 2.4.4 genoemde Kaderrichtlijn strekt zich tot zowel de overheid als de particuliere sector uit. Als Europese toetssteen van de Nederlandse wetgeving gelijke behandeling vormde de Kaderrichtlijn aanleiding voor het aanpassen van de Awgb door middel van de EG-implementatiewet Awgb (Implementatiewet Awgb).³⁵⁵

De Kaderrichtlijn houdt rekening met de bijzondere aspecten van het personeelsbeleid van de tendensinstelling. Daarover handelt art. 4 Kaderrichtlijn:

Lid 1: Een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in art. 1 genoemde gronden berust, vormt geen discriminatie indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

Lid 2: De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.

Lid 3: Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.

354 De in art. 13 EG opgesomde categorieën personen moeten bescherming krijgen tegen discriminatie bij toegang tot de arbeidsmarkt.

355 Wetsvoorstel 28 770.

Voor de motivering van de bijzondere positie van de in art. 4 Kaderrichtlijn genoemde instellingen verwijst de implementatienota in overweging 24 in de preambule van de Kaderrichtlijn naar Verklaring 11 Verdrag van Amsterdam. De tekst stemt overeen met art. 17 lid 1 en 2 Verdrag van Lissabon. Overbeeke & Geudens betogen dat de juridische ruimte die levensbeschouwelijke identiteitsorganisaties wordt gelaten, in de definitieve tekst van de Kaderrichtlijn bewust groot is gehouden.³⁵⁶ Een vergelijking van de eerdere tekstversies met de uiteindelijke tekst van art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn leidt tot de constatering dat deze in een laat stadium van de onderhandelingen een opmerkelijke gedaanteverwisseling heeft ondergaan. De wijziging heeft plaatsgevonden met het oog op het verduidelijken van de ruimte die aan godsdienstige en levensbeschouwelijke identiteitsinstellingen kan worden gelaten.³⁵⁷ Onmiddellijke aanleiding voor deze redactiewijziging is de versterking van de bescherming aan religieuze organisaties, een aangelegenheid die de regeringen van Groot-Brittannië en Ierland als een van de minimumdoelstellingen van de onderhandelingen beschouwden.³⁵⁸

Het element 'gerechtvaardigde beroepsvereiste' van art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn is niet enkel gericht op specifieke kenmerken van een uit te oefenen functie. Betekenisvol is de relevantie van de godsdienst of de overtuiging voor de door de betreffende tendensinstelling uitgeoefende activiteiten of de *context* waarin deze worden uitgeoefend, gezien de grondslag van de instelling. Het gaat om het ethos van een arbeidsorganisatie. Overbeeke & Geudens merken hierover op:³⁵⁹

'De Kaderrichtlijn geeft hier ruimte voor een benadering die breder is dan de nauwkeurige dissectie van enkel de door een persoon uit te oefenen activiteit; de benadering is contextueel – de activiteiten van de organisatie en de context waarin de organisatie opereert kunnen meegewogen worden.'

Een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling kan worden gevergd. Dat strekt verder dan een houding van respect.³⁶⁰ Het betreft een kernelement in de afweging. In het advies van de Raad van State bij gelegenheid van aanpassing van de Awgb valt een meer terughoudende benadering te lezen ten aanzien van de uitzonderingen voor de tendensinstelling.³⁶¹ Daarvoor zoekt de Raad van State steun in Overweging 23 bij de Kaderrichtlijn. Deze stelt dat een verschil in behandeling in een 'zeer beperkt aantal omstandigheden' is gerechtvaardigd wanneer een bepaald kenmerk een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt.³⁶² Een zeker zo beperkende uitleg is te vinden bij Strijkers. Door de privésituatie bij

356 Overbeeke & Geudens 2003.

357 Overbeeke & Geudens 2003, p. 661.

358 Overbeeke & Geudens 2003, p. 662.

359 Overbeeke & Geudens 2003, p. 663.

360 Zo erkent art. 37 van de Ierse Employment Equality Act 1998 dat het voor een identiteitsinstelling noodzakelijk kan zijn een personeelsbeleid te voeren 'to maintain the religious ethos of the institution'. Daarbij kan het nodig zijn maatregelen te treffen om te voorkomen dat (aanstaand) personeel dit ethos ondermijnt. Overbeeke & Geudens 2003, p. 664.

361 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, A, p. 10.

362 Niet moet worden uitgesloten dat Overweging 23 moet worden gelezen tegen de achtergrond van art. 4 lid 1 Kaderrichtlijn. Ook in deze bepaling is echter sprake van de context waarin een beroep wordt uitgeoefend.

voorbaat van de beroepscontext uit te sluiten bagatelliseert hij het belang van de houding van trouw en loyaliteit.³⁶³

In de ruimte die art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn tendensinstellingen biedt, ligt nog een andere mogelijke beperking besloten. Het gaat om het handhaven van 'bestaande nationale wetgeving' of het 'voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen'. Deze tekst zou aanleiding kunnen geven tot de veronderstelling dat de Kaderrichtlijn een conserverende werking heeft.³⁶⁴ Daartegenover staat dat art. 4 lid 1 Kaderrichtlijn tendensinstellingen blijvend de mogelijkheid biedt tot een verschil in behandeling dat berust op een kenmerk in verband met een van de verbodsgronden uit art. 1 Kaderrichtlijn.³⁶⁵

3.3.4 Hof van Justitie EU

Het HvJ EU legt het Europees recht uit.³⁶⁶ Voor de integratie in de EU is de rechtsvorming door het HvJ EU van doorslaggevende betekenis.³⁶⁷ Deze invloed is van zeker zo grote betekenis dan formele harmonisatie door middel van Europese regelgeving.³⁶⁸ De rechtspraak van het HvJ EU dient daarom niet alleen en louter juridisch (technisch) te worden geanalyseerd, maar dient ook in zijn politieke context te worden gezien. Jaspers maakt in dit verband gewag van een activistische en politieke opstelling van het HvJ EU.³⁶⁹ Daarbij is sprake van een indirecte doorwerking ten opzichte van de tendensinstelling die tot op heden niet als zodanig in uitspraken van het HvJ EU figureert.

Het activisme bij het bewaken van de communautaire orde speelt niet in de laatste plaats op het gebied van gelijke behandeling. Vaste praktijk is dat grondrechten een wezenlijk onderdeel vormen van de algemene rechtsbeginselen waarvan het HvJ EU eerbiediging verzekert.³⁷⁰ De richtlijnen betreffende gelijke behandeling werken door in geschillen tussen particulieren.³⁷¹ De jurisprudentie sinds de zogenoemde Defrenne-zaken van begin en midden jaren zeventig van de twintigste eeuw laat volgens Jaspers zien hoe belangrijk en richtinggevend het op-

363 Strijkers 2010, p. 136.

364 Overbeeke & Geudens 2003, p. 663.

365 In feite is art. 4 lid 1 Kaderrichtlijn zelfs ruimer geformuleerd dan lid 2, omdat het laatste voorziet in een verschil in behandeling op grond van godsdienst of overtuiging, terwijl het eerste verwijst naar alle in art. 1 Kaderrichtlijn genoemde verbodsgronden. Een ander verschil tussen art. 4 lid 1 en lid 2 Kaderrichtlijn is het doel (lid 1) dan wel de grondslag (lid 2) op grond waarvan de tendensinstelling het verschil in behandeling noodzakelijk acht.

366 De nationale rechter ziet toe op het waarborgen van 'de volle werking van het Gemeenschapsrecht', zoals het HvJ EG formuleerde in het arrest Factortame (zaak C-213/89). Bij interpretatievraagstukken kan het HvJ EU op verzoek van nationale rechters een zogenoemde prejudiciële uitspraak doen (art. 234 EG). Speelt zo'n kwestie bij de Hoge Raad of de Centrale Raad van Beroep, dan is deze raadpleging vooraf verplicht. Zie ook: Werner & Wessel 2005, p. 51.

367 Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen werd in 1952 bij het EGKS-Verdrag opgericht. Het is in Luxemburg gevestigd. Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 199-200.

368 Jaspers 2008, p. 7.

369 Jaspers 2008, p. 8, 9.

370 Een voorbeeld van constante rechtspraak geeft HvJ EG 12 juni 2003, nr. C-112/00 (Milieudemonstratie Brenner autoweg) in r.o. 71. Het HvJ EG verwijst met name naar het EVRM.

371 HvJ EG 19 januari 2010, nr. C-555/07 (Kükükdevici).

treden van het HvJ EU inzake de consequente toepassing van het gelijkheidsbeginsel is.³⁷²

3.3.5 Conclusie

Hoewel van een substantiële formele harmonisatie van het arbeidsrecht geen sprake is, heeft het rechtskader van de EU grote betekenis voor het Nederlandse arbeidsrecht. Met het Verdrag van Lissabon is, in lijn met het Verdrag van Amsterdam, aan het bestaan en het functioneren van de tendensinstelling een stevige basis toegekend. Ook aan de rechten en vrijheden van het Handvest EU ontleent de tendensinstelling houvast.

Een ander wezenlijk punt van aandacht voor de tendensinstelling is het beginsel van non-discriminatie. In Europese richtlijnen neemt gelijke behandeling een prominente plaats in. Het HvJ EU neemt een activistische opstelling in om de doorwerking in het nationale recht te verzekeren. De uitleg van het Europees recht, waarbij het HvJ EU de doorwerking van het beginsel van gelijke behandeling sterk accentueert, beïnvloedt de ruimte voor de tendensinstelling.

De twee lijnen van erkenning van de positie van de tendensinstelling, met inachtneming van gelijke behandeling, komen in de Kaderrichtlijn samen. De Kaderrichtlijn geeft de tendensinstelling de mogelijkheid identiteit in het personeelsbeleid tot uiting te brengen, ook of juist wanneer dat spanning oplevert met het non-discriminatiebeginsel. De Kaderrichtlijn laat de mogelijkheid open voor het stellen van beroepseisen wegens de grondslag van de instelling, in de context van de arbeidsorganisatie. De eisen mogen een houding van goede trouw en loyaliteit behelzen. De eisen kunnen een rechtvaardiging vormen voor een verschil in behandeling.

3.4 Grondwet

3.4.1 Inleiding

De Grondwet bakent de vrijheid van mensen af hun diepste overtuigingen, waarden en normen individueel te beleven en collectief in organisatorisch verband met elkaar te delen. De daarin opgenomen grondrechten behoren tot de fundamen-

372 Jaspers 2008, p. 11. De Belgische stewardess Gabriëlle Defrenne heeft de drie zaken voor het HvJ EG op haar naam staan. HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70, *Jur.* 1971, p. 445 (Defrenne I). HvJ EG 8 april 1976, nr. C-43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (Defrenne II). HvJ EG 15 juni 1978, nr. C-149/77, *Jur.* 1978, p. 1365 (Defrenne III). In Defrenne II, het belangrijkste van de drie, beslist het HvJ EG dat het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen rechtstreekse werking heeft, maar tevens horizontaal werkt.

ten van de democratische rechtsstaat.³⁷³ Deze paragraaf behandelt de vraag of de tendensinstelling drager is van grondrechten, welke grondrechten met name van belang zijn, hoe grondrechten doorwerken in horizontale verhoudingen, wat de betekenis is van conflicterende aanspraken op grondrechten en ter afsluiting de beperking van grondrechten.

3.4.2 Drager van grondrechten

Vanuit de historie dienen grondrechten in de eerste plaats de bescherming van natuurlijke personen. Als geïndividualiseerd rechtssubject zijn zij drager van grondrechten.³⁷⁴ Daarnaast dienen grondrechten (relatief zwaarwegende) maatschappelijke belangen.³⁷⁵ Vanuit die optiek kunnen volgens de gangbare opvatting ook rechtspersonen in bepaalde gevallen over grondrechten beschikken.³⁷⁶ Om van een geïndividualiseerd rechtssubject te spreken, moet er een duidelijk omlinjende entiteit zijn, wat uit de aard van de zaak op de tendensinstelling van toepassing is.³⁷⁷

Van de grondrechten zijn met name de klassieke vrijheidsrechten wezenlijk voor het bepalen van de juridische ruimte van de tendensinstelling. Het bestaan van een afgebakend terrein waarop sprake is van rechtens afdwingbare overheids-onthouding biedt een beter zicht op de ruimte dan met ruime marges bemeten oproepen tot actief optreden door de overheid.³⁷⁸ Het kerkgenootschap is drager van het recht van godsdienstvrijheid (art. 6 GW).³⁷⁹ Ook de onbenoemde tendensinstelling baseert de grondrechtenaanspraken primair op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. De bescherming van het verenigingsrecht is hierbij onmisbaar (art. 8 GW). Bij uitstek van belang is verder de vrijheid van onderwijs, die onder meer het recht omvat scholen op te richten en in stand te houden (art. 23 lid 2 GW).

Als werkgever heeft de tendensinstelling te maken met werknemers die eveneens aanspraak maken op grondwettelijke rechten en vrijheden. Te denken valt aan de aanspraak op gelijke behandeling (art. 1 GW), de vrijheid van godsdienst en

373 De Grondwet geeft geen expliciete rangorde aan tussen de verschillende soorten normen in de Nederlandse rechtsorde. De in de Grondwet opgenomen grondrechten hebben doorgaans uitwerking en beperking nodig. De bijbehorende normen krijgen nadere invulling en afbakening in wetgeving en regelgeving. Deze constatering laat de grote betekenis van de grondrechten onverlet. Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 23-25, 87. Zie ook: *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 19. Over de niet altijd even eenvoudige af te bakenen verhouding tussen grondrechten en algemene rechtsbeginselen: Heringa e.a. 2011, p. 32-34.

374 Bergamin 1995, p. 105.

375 Bergamin 1995, p. 106.

376 Heringa e.a. 2011, p. 367.

377 Behalve rechtspersonen kunnen zelfs groepen die in privaatrechtelijk opzicht niet als rechtssubject zijn aan te merken, drager van grondrechten zijn. De motivering is dat deze groeperingen onder de term 'ieder' vallen, en als zodanig aanspraak op de grondwettelijke rechten en vrijheden kunnen maken. De collectieve aanspraak kan worden beschouwd als duidelijk omlinjende weerslag van de individuele rechten van de rechtssubjecten die samen de groep vormen. Ten aanzien van rechten en vrijheden neergelegd in verdragen geldt een soortgelijke redenering. Zo kennen art. 25 en 34 EVRM klachtrecht bij het EHRM toe aan ieder natuurlijk persoon, iedere (niet-gouvernementele) organisatie of iedere groep van particulieren. Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 28. Zie ook: Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 237, 238.

378 Er is sprake van een onderscheid, niet van een scheiding. Zo heeft het onderwijsgrondrecht klassieke en sociale aspecten. Zie: Bunschoten 2009, p. 3 en Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 20, 86, 212.

379 *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 872, nr. 1-5, p. 28-32.

levensovertuiging (art. 6 GW), de vrijheid van meningsuiting (art. 7 GW) en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 GW).³⁸⁰

3.4.3 Grondrechten in horizontale verhoudingen

Horizontale werking van grondrechten

Tussen burgers onderling vormt een grondrecht geen rechtstreekse bron van verbintenissen. Wel kan de wetgever het grondrecht in een direct tussen de burgers toepasbare rechtsnorm vertalen. Grondrechten kunnen daarnaast op indirecte wijze, via een privaatrechtelijke norm of beginsel, in de horizontale verhouding doorwerken.³⁸¹ Horizontale werking is een kwestie van gradaties.³⁸² De aard en strekking van het grondrecht, de feitelijke omstandigheden van het concrete geval en de in het geding zijnde rechtsregels zijn beslissende factoren.³⁸³

De totstandkoming van de Awgb is een grote stap voorwaarts in de erkenning van de horizontale werking.³⁸⁴ Het beginsel van non-discriminatie is naar de mening van de regering bij uitstek een grondrecht dat ook in horizontale verhoudingen moet kunnen doorwerken.³⁸⁵ Ook het EHRM erkent de doorwerking van fundamentele verdragsrechten in private rechtsverhoudingen.³⁸⁶

Het belang van de tendensinstelling bij diverse grondrechten is van wezenlijke aard. Om een vruchteloze vlucht in abstracties te voorkomen, is het nodig de concrete waarde van het betreffende grondrecht in de belangenafweging inzichtelijk te maken.³⁸⁷ Daaraan doet tekort de veronderstelling dat slechts een ontklede versie van het grondrecht wordt opgevoerd, omdat er 'slechts' sprake zou zijn van een vertaling van de basisprincipes van het recht naar de privaatrechtelijke verhouding.³⁸⁸

Grondrechten in het arbeidsrecht

Het sluiten van een arbeidsovereenkomst leidt niet tot verlies van grondrechten. Tegelijk impliceert een arbeidsrelatie belangrijke beperkingen.³⁸⁹ Zowel de wetge-

380 Art. 1 GW is eerder als algemeen rechtsbeginsel te beschouwen dan als een grondrecht in de zin van een vrijheidsrecht. Het artikel heeft vooral symboolwaarde. Voor de rechtspraktijk is vooral de uitwerking van het gelijkheidsbeginsel in wetgeving van betekenis. Bunschoten 2009, p. 9. Heringa e.a. 211, p. 389. Zie paragraaf 3.5 en 3.6 over de Awgb en de WGB m/v.

381 De Lange 1994, p. 38. Een scharnierfunctie is weggelegd voor de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. Zie ook: Bunschoten 2009, p. 4.

382 *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15, 16. *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 872, nr. 7, p. 10.

383 Verhulp 1999, p. 25. *Grondrechten* 2004, p. 26.

384 In dit verband wordt zelfs gesproken over pioniersarbeid. *Kamerstukken I*, 1992/93, 22 014, nr. 212b, p. 3.

385 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 15. *Kamerstukken I*, 1993/94, 22 014, nr. 48a, p. 6.

386 EHRM 16 december 2008, 2009/17, LJN BH1809 (Mustafa en Tarzibachi/Zweden).

387 De Vos waarschuwt voor het uitstrooien van fundamentele rechten als bloemsuiker over het privaatrecht, zonder enige indicatie of verantwoording van de noodzaak ervan. De Vos 2010, p. 177, 229. Zie ook: Gerards & Koffeman 2010, p. 2223.

388 De Vos 2010, p. 291. Zo blijkt dat insolventieprocedures in Nederland (faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen) meer door de grondrechten worden geraakt dan lang aangenomen. Uitgebreid: Van Apeldoorn 2009.

389 Hendrickx 1999.

ver als de rechtspraak erkennen de horizontale werking van grondrechten in het arbeidsrecht.³⁹⁰ Het recht op privacy is daarvan een typisch voorbeeld.³⁹¹

De doorwerking van grondrechten in het arbeidsrecht krijgt in de eerste plaats indirect gestalte langs het spoor van de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgeverschap/goed werknemerschap (art. 3:12, 3:14, 6:248 en 7:611 BW).³⁹² Vanuit het oogpunt van gemotiveerde belangenafweging doet een directe horizontale werking echter meer recht aan het fundamentele karakter van die rechten.³⁹³ Voor een afweging kunnen drie toetsingscriteria worden benoemd. In de eerste plaats is van belang of de beperking contractueel is overeengekomen. Ofwel, wat is de aard van de contractuele (horizontale) verhouding waarbinnen een beroep op het grondrecht wordt gedaan. Vervolgens is de aard van het grondrecht waarop een beroep wordt gedaan van belang. Daarna dient de vraag beantwoording te krijgen of de inbreuk op de uitoefening van het grondrecht evenredig is.³⁹⁴ Inzichtelijk zal tot uiting moeten komen wat het belang is van de uitoefening van het grondrecht door de werknemer, alvorens dat belang correct kan worden gewogen tegen het (grondrechtelijke) belang van de werkgever bij die beperking.³⁹⁵

3.4.4 Conflicterende aanspraken

De horizontale werking van grondrechten maakt de thematiek van conflicterende grondrechtenaanspraken rechtens relevant voor de tendensinstelling.³⁹⁶ Zo kan een beroepseis op grond van de vrijheid van godsdienst (art. 6 GW) op gespannen voet staan met een (vermeende) inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling (art. 1 GW).

De problematiek van grondrechtenconflicten zal zich in een samenleving met grote verschillen in culturen steeds sterker gaan opdringen. Vaak gaat het om een botsing van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht geslacht of seksuele oriëntatie enerzijds en godsdienstige manifestaties anderzijds.³⁹⁷ Een optie zou kunnen zijn het aanbrengen van een rangorde.

Met name het klassieke vrijheidsrecht vrijheid van godsdienst geeft de tendensinstelling houvast. Een nieuw recht als het non-discriminatiebeginsel kan daarmee op

390 Loonstra & Zondag 2010, p. 249. Een voorbeeld van expliciete toetsing is te vinden in een arrest van de Hoge Raad over verplichte vervroegde pensionering van vliegers. De Hoge Raad neemt de rechtstreekse toetsing van de rechtbank van de regeling van werkgever Martinair aan de discriminatieverboden van art. 1 GW en aan art. 26 IVBPR over. HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 117, *RvdW* 2004, 114, *JAR* 2004, 258 (Van Pelt/Martinair).

391 Koevoets pleit in haar proefschrift over wangedrag van werknemers voor een wettelijke bepaling (in Titel 10 van Boek 7 BW), waarin de gelding van het grondrecht op privacy (in ruime zin) in de arbeidsverhouding expliciet wordt erkend. Koevoets 2006, p. 346.

392 Van Grinsven & Geugjes 2006, p. 37.

393 Verhulp 1999, p. 61. Verhulp stelt zich op het standpunt dat art. 3:12 BW en art. 3:14 BW de mogelijkheid bieden van directe horizontale werking van grondrechten. Verhulp 1999, p. 21.

394 Verhulp 1999, p. 26, 27.

395 Verhulp maakt uit de jurisprudentie op dat de zwaarte van het grondrecht in de praktijk onvoldoende tot uiting komt in de belangenafweging. Verhulp 1999, p. 48.

396 De benaming conflicterende of botsende grondrechten is terminologisch minder gelukkig. Het zijn niet de grondrechten zelf die botsen. Het betreft daarentegen de rechtssubjecten die, handelend op een manier die de grondrechtsnorm beschermt, botsen.

397 Loenen 2009, p. 200.

gespannen voet staan. In de benadering van Van der Hoeven hebben oudere rechten betere papieren dan nieuwe rechten. Bij het aanbrengen van beperkingen heeft de vrijheid van godsdienst in deze visie voorrang boven het non-discriminatiebeginsel.³⁹⁸

‘Wanneer van oudsher bestaande grondrechten naar strekking duidelijk zijn en de garanties die zij bieden in het rechtsbestel duidelijk kunnen worden aangewezen, kan men niet door interpretatie van nieuw geformuleerde grondrechten op de geldende grondrechten beperkingen aanbrengen. Dit is slechts anders, indien de nieuwe beperkingen kennelijk door de grondwetgever of de verdragswetgever zijn gewild. Dit is, zo komt mij voor, een wezenlijk kenmerk van de bescherming die geschreven fundamentele rechten beogen te bieden.’

Anders dan Van der Hoeven, acht de regering bij de totstandkoming van de Awgb de ouderdom van grondrechten niet beslissend.³⁹⁹ Maar er is ook geen hiërarchie. Noch uit de formulering, noch uit de systematiek van het wetsvoorstel kan worden afgeleid dat art. 1 GW superieur zou zijn aan de andere relevante grondrechten.⁴⁰⁰ Het accent op art. 1 GW hangt samen met de strekking van de Awgb dat de uitwerking ervan voor de verhoudingen tussen burgers onderling is.⁴⁰¹

De vaststelling dat art. 1 GW geen voorrang heeft, schept duidelijkheid. De positie van het non-discriminatiebeginsel als eerste artikel in de Grondwet is nietszeggend. Ook de nota Grondrechten in een pluriforme samenleving bevestigt onomwonden dat van een hiërarchie van grondrechten geen sprake is.⁴⁰² Bij de uiteindelijk te maken afweging moeten alle in het geding zijnde rechten en belangen van beide partijen worden betrokken, alsmede de mate waarin daarop een inbreuk wordt gemaakt.⁴⁰³

Een kanttekening is op zijn plaats. Wanneer het gaat om geslacht versus godsdienst, lijkt het recht op gelijke behandeling op deze specifieke grond juridisch gezien de sterkste papieren te hebben.⁴⁰⁴ Zeker zo duidelijk is het VN-Mensenrechtencomité, dat geen twijfel laat bestaan over de prioriteit van het beginsel van sekselijkheid boven de vrijheid van godsdienst.⁴⁰⁵ De SGP-vrouwenkwestie wijst ook in die richting. Over gelijke behandeling ongeacht seksuele oriëntatie is

398 Van der Hoeven 1983, p. 204. Bij de presentatie in maart 2006 van het verkiezingsprogramma ‘Klare Wijn’ van zijn Partij voor de Vrijheid pleitte Tweede Kamerlid Wilders (Groep Wilders) voor het vervangen van de huidige tekst van art. 1 GW door de verklaring dat de joods-christelijke en humanistische traditie de dominante cultuur is in Nederland. ‘Het gelijkheidsdenken maakt het onmogelijk om problemen te benoemen. Gerechtvaardigde onderscheiden worden op de grote hoop van “discriminatie” gegooid. Ongelijke gevallen hoeven niet gelijk te worden behandeld.’ *Trouw* 21 maart 2006, ‘Wilders: artikel 1 van de grondwet schrappen’. De andere politieke partijen reageerden onmiddellijk en afwijzend. *Trouw* 21 maart 2006, ‘Schampere reacties op voorstel Wilders’.

399 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 19. Zie ook: Mulder 1993, p. 215.

400 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 35. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 20-22. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 9, p. 16, 17. Zie ook: Bunschoten 2009, p. 8.

401 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 36. In dit verband merkt Mulder op dat het probleem van de afweging van grondrechten zich niet als statische consolidatie van de maatschappelijke en politieke discussie voordoet, maar als momentopname van een dynamisch krachtenspel, waarbij van een zich nauwelijks stabiliserende publieke moraal sprake is. Mulder 1993, p. 214. In dezelfde zin: Heringa e.a. 211, p. 388, 389.

402 *Grondrechten* 2004, p. 19. Desondanks stelt de CGB dat de wetgever bij het opstellen van de Awgb ‘een zekere hiërarchie’ heeft willen aanbrengen. *Derde Evaluatie Awgb* 2011, p. 80.

403 Loenen 2009, p. 199. *Derde Evaluatie Awgb* 2011, p. 7.

404 Bijvoorbeeld EHRM 13 februari 2003, 2003/28, *NJ* 2005/73 (m.n. Alkema) (Refah Partisi/Turkije).

405 Loenen 2009, p. 196.

te weinig jurisprudentie voorhanden om daarover conclusies te kunnen trekken.⁴⁰⁶

Bij het afwegen van grondrechten zou de beschermwaardigheid van verschillende doelgroepen een factor kunnen zijn. Zo zou het stimuleren van homo-emanipatie kunnen betekenen dat andere grondrechten een lagere weging krijgen.⁴⁰⁷ Dit klemmt te meer bij aangeboren zaken zonder keuzemogelijkheid, zoals geslacht en ras. Het criterium ras is voor eenieder vanaf de conceptie een gegeven. Voor geslacht geldt dat ook, wat een keuze voor geslachtsverandering echter niet per definitie uitsluit. Onmiskenbaar zijn man en vrouw verschillend, wat direct leidt tot keuzemogelijkheden. Voor homoseksualiteit geldt eveneens dat meer aspecten een rol spelen dan de enkele vraag of de geaardheid aangeboren en onveranderlijk is. De vraag of er van aangeboren zaken sprake is, of dat het om keuzes gaat, kan relevant zijn. Maar het aanbrengen van een rangorde doet tekort aan de zorgvuldigheid van de vereiste concrete belangenafweging en het gegeven dat grondrechten bij uitstek het maken van keuzes beschermen, ook of juist wanneer deze tegen de wil van de meerderheid in gaan.

Bij strijdige grondrechtenaanspraken is het uiteindelijk aan de rechter de balans op te maken. De rechter mag niet uitgaan van een rangorde van grondrechten.⁴⁰⁸ In het licht van alle concrete omstandigheden zal de rechter dienen te oordelen welke van de in het geding zijnde grondrechten het zwaarst weegt.⁴⁰⁹

3.4.5 Beperking van grondrechten

Grondrechten zijn niet absoluut. Ze moeten redelijk worden uitgelegd en toegepast.⁴¹⁰ Daarnaast kan het aanbrengen van expliciete beperkingen nodig zijn. Slechts geclausuleerde beperkingen zijn geoorloofd.⁴¹¹ Tot de kern teruggebracht, geldt daarvoor een combinatie van twee expliciteringseisen.⁴¹² De Grondwet moet de beperking uitdrukkelijk toestaan, terwijl de wetgever uitdrukkelijk van zijn bevoegdheden terzake moet gebruikmaken. Het laatste kan door de beperkingen zelf vast te stellen, of door de bevoegdheid tot het stellen van beperkingen te delegeren.⁴¹³

Ook inhoudelijk is het aanbrengen van beperkingen aan zware eisen verbonden.

406 Vanwege de voor Nederland belangrijkste mensenrechtenverdragen spreekt Loenen de voorkeur uit in ieder geval voor wat betreft seksegelijkheid dit in beginsel prioriteit te verlenen boven de vrijheid van godsdienst. Loenen 2009, p. 200. *Derde Evaluatie Awgb* 2011, p. 81.

407 Sasse van Ysselt 2004, p. 61.

408 De Lange 1994, p. 41. *Grondrechten* 2004, p. 10.

409 De Lange 1994, p. 41. *Grondrechten* 2004, p. 10. *Het verschil gemaakt* 2005, p. 17.

410 Vermeulen 1995, p. 10.

411 De grondwetsherziening van 1983 voorzag in een uitputtend stelsel van beperkingsbevoegdheden. *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 21.

412 Vermeulen 1995, p. 5.

413 Er zijn drie varianten. Competentievoorschriften betekenen dat alleen de formele wetgever bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting kan beperken (art. 7 lid 1 GW). Doelcriteria houden in dat beperkingen expliciet in het grondwetsartikel genoemde doelen moeten dienen, zoals het belang van de openbare orde het recht tot vereniging aan beperkingen onderhevig kan doen zijn (art. 8 GW). Procedureregels houden in dat de overheid bij de inbreuk op het grondrecht aan bepaalde formaliteiten moet voldoen, zoals voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden van een woning (art. 12 lid 2 GW).

den.⁴¹⁴ Vanuit het oogpunt van een ruime bescherming van grondrechten dient een beperking naar tijd, plaats en wijze van uitoefening stringent op de noodzakelijkheid en functionaliteit in het licht van de doelstelling van een instelling te worden gelegitimeerd en beargumenteerd.⁴¹⁵ Verder moeten de beperkingen voldoende concreet en voorzienbaar zijn, zodat het voor een tendensinstelling helder is waarnaar deze zich moet richten.

De systematiek van de beperkingsclausules verplicht bij het wegen van conflicterende aanspraken op grondrechten tot zorgvuldig balanceren.⁴¹⁶ De Grondrechtennota noemt het belang van een juridische basis die onpartijdig is ten opzichte van conflicterende opvattingen over waarden en die bevorderlijk is voor de dialoog en een debat over die opvattingen meer dan ooit van belang.⁴¹⁷

3.4.6 Conclusie

Op nationaal niveau voert de basis voor de erkenning van de onderscheiden positie van de tendensinstelling op de Grondwet terug. Met name de klassieke vrijheidsrechten zijn van betekenis. Fundamentele beginselen als de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, het recht tot vereniging en de vrijheid van onderwijs zien in het verlengde van het individuele belang ook op de bescherming van het collectief. Als geïndividualiseerd rechtssubject maakt de tendensinstelling aanspraak op grondrechten die zich daartoe eigenen. Om een zinvolle belangenafweging mogelijk te maken, is inzicht nodig in de concrete waarde van het grondrecht waarop een beroep wordt gedaan.

Spanning treedt op wanneer divergerende aanspraken op grondrechten in conflict dreigen te komen. In het bijzonder komt dat voor bij het beginsel van gelijke behandeling, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting. Naarmate ook in het arbeidsrecht de horizontale doorwerking van grondrechten meer gestalte zal krijgen, zullen vraagstukken over de verhouding tussen verschillende grondrechten vaker beantwoording moeten krijgen. Het is in laatste instantie aan de rechter hierover in een transparante afweging van belangen, in het licht van alle omstandigheden een oordeel te vellen.

Grondrechten hebben gelijke waarde. Het feitelijk ontbreken van een hiërarchie geeft de tendensinstelling ruimte. Desondanks is in de praktijk een tendens waarneembaar gelijke behandeling een soort status van *primus inter pares* toe te

414 Zo moet het beginsel van non-discriminatie worden beschouwd als wezenlijke waarde waarvoor het nodig kan zijn de uitoefening van andere grondrechten te beperken. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 11. Ook de wetgeving ter uitwerking van art. 1 GW dient rekening te houden met de beperkingsclausules van andere grondrechten, alsmede die van relevante verdragsbepalingen. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Awgb kwam er kritiek op de verondersteld ruimhartige wijze waarop deze beperkingen zou aanbrengen op de reikwijdte van bestaande grondrechten. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 9.

415 Zo acht Noorlander ontoelaatbaar restricties die voor het doel van de instelling nuttig, maar niet noodzakelijk zijn. Ontoelaatbaar zijn naar zijn oordeel tevens restricties die op een beoordeling van de behoorlijkheid van de inhoud van een uitoefening van grondrechten zijn terug te voeren. Noorlander 2005, p. 409.

416 Art. 9 lid 2 EVRM biedt inhoudelijk meer aanknopingspunten dan het in art. 6 lid 1 GW verwoorde algemeen voorbehoud 'behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet'.

417 *Grondrechten* 2004, p. 19.

kennen. De systematiek van de beperkingsclausules van de Grondwet, die voorzien in een middel om bij uiterste noodzaak en dan nog met grote terughoudendheid grenzen te stellen aan de reikwijdte van grondrechten, brengt mee dat de tendensinstelling aanspraak maakt op duidelijkheid indien van een beperking sprake is.

3.5 Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)

3.5.1 Inleiding

Als geen andere wet markeert de Awgb de positie van de tendensinstelling. Bij de behandeling hiervan ligt het accent op de arbeidsrechtelijke aspecten. Vanwege het belang van de Awgb, ook in het maatschappelijke, politieke en juridische debat daarna, is veel ruimte vrijgemaakt voor de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Awgb en latere wijzigingsvoorstellen. Na het schetsen van de context van de Awgb worden de systematiek en de centrale begrippen van de Awgb behandeld. Een categorisering in verschillende typen tendensinstellingen volgt. Dan krijgen de uitzonderingen op het verbod op het maken van onderscheid bespreking. Op naleving van de Awgb ziet de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) toe. Afsluitend komt de kritiek vanuit de Europese Commissie over de juiste toepassing van de Kaderrichtlijn aan bod.

3.5.2 Totstandkoming

Het discriminatieverbod, dat wezenlijke eigenschappen van de persoonlijke identiteit beoogt te beschermen, is een van de belangrijkste rechtsbegrippen op het terrein van de grondrechten die in de laatste decennia tot ontwikkeling zijn gekomen. De totstandkoming van de Awgb is de resultante van een slepende discussie over de wijze waarop het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel moet worden uitgewerkt.⁴¹⁸ Uiteindelijk is gekozen voor formele wetgeving.⁴¹⁹ De Awgb bestrijkt arbeid, school- en beroepskeuzevoorlichting en het aanbod van goederen en diensten in ruime zin van het woord.⁴²⁰ Op deze maatschappelijke terreinen werkt de aanspraak op gelijke behandeling door in de horizontale verhoudingen tussen burgers onderling.⁴²¹

Aan de Awgb gaan diverse aanzetten vooraf. In 1981 komt de regering-Van Agt/Wiegel op advies van de Emancipatiecommissie met een voorontwerp van wet

418 Tot bij de behandeling van het wetsontwerp in de Eerste Kamer toe bleef, herhaalde motiveringen van het kabinet ten spijt, ernstige twijfel bestaan over de noodzaak van de Awgb. *Kamerstukken I*, 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 1. *Kamerstukken I*, 1993/94, 22 014, nr. 48, p. 1.

419 Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 230. De Awgb treedt in werking op 1 september 1994. De Awgb vormt een aanvulling op de WGB m/v en het BW. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 28. Kwalificaties 'spaghetti' en 'rommel-wetgeving' ten spijt, valt de wet als mijlpaal te kenschetsen. *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 770, nr. 10, p. 9.

420 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 15.

421 Bij werkverhoudingen met een privé karakter, bij functies in bestuurs- en adviesorganen en vertrouwensfuncties is het in de Awgb neergelegde verbod van onderscheid niet van toepassing.

dat beoogt discriminatie naar 'sekse, huwelijkse staat, gezinsomstandigheden en homofilie' tegen te gaan. Het voorontwerp ontmoet zware maatschappelijke weerstand op het punt van de afbakening van de grondrechten vrijheid van godsdienst en vrijheid van onderwijs ten opzichte van het gelijkheidsbeginsel.⁴²² Het onderwerp ligt zo gevoelig dat er verder niets mee gebeurt. In 1985 strandt een concept-initiatiefwetsvoorstel van de VVD voor een mogelijke wet gelijke behandeling in een vroeg stadium. In 1987 komt de PvdA met een initiatiefwet. In het jaar daarop dient het kabinet Lubbers II in de Tweede Kamer een voorstel in voor een wet tegen discriminatie.⁴²³ Deze directe voorloper van de Awgb sneuvelt door de val van het kabinet in 1989.

Het in essentie gelijklopende voorstel voor een gelijknamige Algemene wet gelijke behandeling komt uiteindelijk tot stand in het derde kabinet-Lubbers.⁴²⁴ Het wetsvoorstel Awgb strekt ertoe bescherming tegen aantasting van de menselijke waardigheid te bieden.⁴²⁵ Volgens de regering beschermt de Awgb de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging door voor tendensinstellingen uitzonderingsbepalingen op te nemen en juist óók door, behoudens specifieke uitzonderingen, onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging te verbieden.⁴²⁶ De aannahme dat bepaalde instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag hun activiteiten zouden beëindigen, komt de regering 'zeer onaannemelijk' voor.⁴²⁷

3.5.3 Verbod op onderscheid

Terminologie

De Awgb verbiedt onderscheid op grond van de kenmerken geslacht, burgerlijke staat, hetero- of homoseksuele gerichtheid, ras, nationaliteit, godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid (art. 1 Awgb):⁴²⁸

- b. direct onderscheid: onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;
- c. indirect onderscheid: onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft.

422 Vijf uitzendkrachten worden aangetrokken om 30.000 protestbrieven te beantwoorden. De protesten leiden tot een verdere bezinning op de problematiek van conflicterende grondrechten. Den Boer 2004, p. 7.

423 *Kamerstukken II*, 1988/89, 20 065.

424 Wetsvoorstel 20 501 is in 1988 bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt en op 24 november 1989 ingetrokken. In mei 1989 was het kabinet demissionair geworden.

425 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 1.

426 *Kamerstukken I*, 1993/94, 22 014, nr. 48a, p. 2.

427 *Kamerstukken I*, 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 5.

428 De discriminatiegronden staan tevens vermeld in de preambule van de Wet van 2 maart 1994, 'houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat'.

Onderscheid wijst in de Awgb op een rechtens relevant verschil in bejegening.⁴²⁹ Het gaat om onderscheid tussen natuurlijke personen op grond van de genoemde kenmerken.⁴³⁰ De vaststelling dat onderscheid is gemaakt in strijd met de Awgb, is geen bewijs dat strafrechtelijk is gediscrimineerd als bedoeld in art. 137g en 429 quater WvSr. Beide artikelen bestrijken deels hetzelfde terrein als art. 5-8 Awgb. Het instellen van een strafvervolgning ligt voornamelijk in de rede in gevallen waarin het civiele recht of het bestuursrecht niet van toepassing zijn, of wanneer sprake is van een niet te tolereren schending van rechtsorde.⁴³¹

Daar waar de Awgb een verbod op onderscheid hanteert, is in het Europese recht een discriminatieverbod een gangbaar begrip.⁴³² De motivering voor het hanteren van het begrip onderscheid in plaats van het begrip discriminatie komt erop neer dat een keuze voor het tweede zou impliceren dat een uitzondering op het verbod van discriminatie op het toestaan van discriminatie zou neerkomen.⁴³³ Daarentegen levert een uitzondering op het verbod van onderscheid een gerechtvaardigde vorm van onderscheid op.⁴³⁴

Niet uitgesloten is dat in de toekomst nauwer aansluiting bij de in de EU-richtlijnen gebruikelijke terminologie wordt gezocht.⁴³⁵ Vooruitlopend op de tweede evaluatie van de Awgb heeft de regering een wetsvoorstel ingediend om de definitie van direct en indirect onderscheid aan te passen. Indirect onderscheid krijgt een zelfstandige definitie die niet meer naar direct onderscheid verwijst. Zo wordt mogelijke onduidelijkheid uitgesloten. In de voorgestelde tekst luidt art. 1 lid 1 Awgb:⁴³⁶

b. direct onderscheid: indien een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;

c. indirect onderscheid: indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft.

429 Over de motivering van dit onderscheid: *Het verschil gemaakt* 2005, p. 33, 34. Minister De Graaf (Binnenlandse Zaken) heeft toegezegd een eventuele wijziging van de terminologie mee te nemen in de evaluatie van de Awgb. *Kamerstukken II*, 28 770, nr. 10, p. 11.

430 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 3.

431 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 12.

432 Zoals de Belgische antidiscriminatiewet en het Duitse Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Zie voor het verschil in lading tussen een verbod op onderscheid en een discriminatieverbod: Mulder 1993, p. 228, 229.

433 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 26. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 43. *Handelingen II*, 1992/93, 46, p. 3428. Ook bijvoorbeeld Cremers-Hartman spreekt over de mogelijkheid discriminerende eisen te kunnen stellen. Cremers-Hartman 2004, p. 39.

434 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 32. *Handelingen II*, 1992/93, 47, p. 3503.

435 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770 A, p. 3-5. *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 4. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 4, p. 2. Zie ook: Rapportage naar aanleiding van een bij een consortium van de Universiteit van Tilburg en de Rijksuniversiteit Groningen uitgezet onderzoek. *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 967, nr. 4, p. 2. Het kabinet Balkenende IV kondigde aan het vervangen van het begrip onderscheid door het begrip discriminatie aan de orde te stellen in het kader van de tweede evaluatie van de Awgb. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 6, p. 2.

436 *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 832, nr. 2, p. 1.

Gekozen is voor het handhaven van de term onderscheid, die volgens de regering recht doet aan het neutrale karakter van de uitzonderingen op het verbod op onderscheid.⁴³⁷ Wel sluit de voorgestelde definitie van direct onderscheid bij de in de Europese richtlijnen gebruikte definitie van directe discriminatie aan.

Uitzonderingen

Het verbod op het maken van onderscheid is niet ongelimiteerd.⁴³⁸ Met het oog op het bieden van duidelijkheid en rechtszekerheid hanteert de Awgb een gesloten stelsel van uitzonderingen.⁴³⁹ Het maken van onderscheid is per definitie verboden bij direct onderscheid waarvoor geen wettelijke uitzondering van toepassing is.⁴⁴⁰ Twee categorieën zijn te onderscheiden.⁴⁴¹ De eerste categorie betreft gevallen waarin het onderscheid naar heersende maatschappelijke opvattingen dwingend volgt uit de aard van het geval of de omstandigheden en waarbij in redelijkheid geen twijfel bestaat over de rechtvaardiging of de noodzaak van het onderscheid. De rechtvaardiging hangt samen met de persoonskenmerken waarop een onderscheid is gebaseerd (art. 2 lid 2-5 Awgb). De tweede categorie heeft in hoofdzaak tot doel het grondrecht op gelijke behandeling af te bakenen tegenover andere grondrechten. De rechtvaardiging van het onderscheid is gebaseerd op een bepaalde grondwettelijk gewaarborgde politieke, godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging (art. 5 lid 2-6 en in art. 7 lid 2 en 3 Awgb). De scheiding tussen beide categorieën is niet strikt.

Hoewel formeel niet het geval, wekt de systematiek van de Awgb feitelijk sterk de indruk dat de klassieke vrijheidsrechten, met name het grondrecht van godsdienst, en de daaruit voortvloeiende gedragingen in het maatschappelijk leven ondergeschikt zijn aan de het beginsel van gelijke behandeling.⁴⁴² Het gesloten stelsel kan deze druk vergroten.⁴⁴³ Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Awgb wees de toenmalige minister van Justitie er overigens op dat niet is uitgesloten dat de rechter mag afwijken van toepassing van de wet, indien onver-

437 De in dit proefschrift besproken literatuur, CGB-oordelen en jurisprudentie zijn gebaseerd op de wettekst Awgb van voor de aanpassing. Daar waar van toepassing, zal bij de behandeling expliciet worden aangegeven wanneer de nieuwe wettekst wordt aangehaald.

438 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7.

439 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 17.

440 *Derde Evaluatie Awgb* 2011, p. 7.

441 Cremers-Hartman 2004, p. 35.

442 Tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer stelt kamerlid Schutte (GPV): 'Kennelijk waardeert de regering het recht op gelijke behandeling toch hoger dan bijvoorbeeld de vrijheid van godsdienstig belijden. (...) Tegen deze achtergrond (een historische uiteenzetting waarin Schutte betoogt dat de vrijheidsrechten aan het gelijkheid recht voorafgingen, SdJ) is het te meer niet aanvaardbaar dat de klassieke vrijheidsrechten teruggebracht worden tot een recht in uitzonderingssituaties.' *Handelingen II*, 1992/93, 46, p. 3432. In dezelfde zin: Leerling (RPF): 'Hoe je het wendt of keert, de vrijheid om zich in het maatschappelijk leven te gedragen en te organiseren overeenkomstig eigen gebruiken en opvattingen, wordt beperkt.' *Handelingen II*, 1992/93, 46, p. 3457. Zie ook: *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 9, p. 5, 6. *Handelingen II*, 1992/93, 46, p. 3443.

443 Zo stelt de D66-fractie voor uitzonderingen te beperken tot het terrein van de persoonlijke levenssfeer, met inbegrip van besloten activiteiten in de gezelligheidssfeer die in verenigings- of stichtingsverband plaatsvinden, alsmede aan de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen. Instellingen van bijzonder onderwijs zouden weliswaar functionele eisen mogen stellen aan personeel die samenhangen met de inhoud van het bijzonder onderwijs, maar deze mogen niet leiden tot onderscheid. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 9, p. 15.

korte toepassing ervan naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁴⁴⁴ De CGB heeft deze bevoegdheid niet.

De verschijningsvormen van indirect onderscheid zijn te verschillend en ze zijn moeilijk in beeld te brengen om ze in het gesloten systeem van de Awgb op te nemen.⁴⁴⁵

Het beoordelen van de toelaatbaarheid van indirect onderscheid vindt plaats aan de hand van een inhoudelijke toetsing. Het verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid, als dat onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en het middel voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk is (art. 2 lid 1 Awgb).⁴⁴⁶ Het gemaakte onderscheid moet nodig zijn vanwege een werkelijke behoefte. Legitimiteit veronderstelt dat aan het nagestreefde doel iedere gedachte van discriminatie vreemd is. Het middel (bepaling, maatstaf of handelwijze) is passend als het geschikt is voor het bereiken van het doel. Het middel is noodzakelijk als het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet tot onderscheid leidt, althans minder bezwaarlijk is (subsidiariteit) en als het middel in evenredige verhouding staat tot het beoogde doel (proportionaliteit).⁴⁴⁷ Het gaat om gevallen waarin door andere grondrechten beschermde belangen dat noodzakelijk maken.⁴⁴⁸ De uitzonderingen vormen geen vrijbrief voor discriminatie.⁴⁴⁹

De scheiding tussen direct onderscheid en indirect onderscheid is niet strikt. Het HvJ EU past de toets van objectieve rechtvaardiging ook toe in gevallen waarin sprake is van direct onderscheid. De Awgb biedt bij direct onderscheid geen ruimte voor objectieve rechtvaardiging. Zoals gezegd, moet de wet zelf het onderscheid toestaan.⁴⁵⁰ De Nederlandse wetgever heeft met het oog op de Kaderrichtlijn echter de mogelijkheid meer ruimte te bieden dan nu het geval is. Het gesloten stelsel zou bijvoorbeeld kunnen worden ingeruild voor een stelsel waarbij de verbodsgrond de striktheid van de toetsing bepaalt. Een andere optie zou kunnen zijn het criterium 'benadeling' te hanteren in plaats van het criterium 'onderscheid'. Hierdoor wordt een genuanceerdere toetsing mogelijk, zoals in Duitsland het geval is.⁴⁵¹

Ook de oordelen van de CGB maken duidelijk dat het niet altijd eenvoudig is het verbod van direct en indirect onderscheid onderling af te bakenen. Het motief van de werkgever speelt een rol in de beoordeling, maar is niet in alle gevallen rechtstreeks uit het feitencomplex te herleiden.⁴⁵² Om indirect onderscheid vast te stellen, maakt de CGB zo veel mogelijk gebruik van statistisch en ander feitelijk bewijsmateriaal. Ook feiten van algemene bekendheid dienen onder andere ter ondersteuning van cijfermatige gegevens.⁴⁵³

444 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 10. *Handelingen II* 1992/93, p. 3599. HR 7 december 1990, NJ 1991/593 (Onwaardige deelgenoot).

445 *Handelingen II*, 1992/93, 47, p. 3502.

446 De omschrijving is een codificatie van de jurisprudentie van het HvJ EU. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 14.

447 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 72.

448 *Kamerstukken I*, 1993/94, 22 014, nr. 48a, p. 8.

449 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 11, 14. *Handelingen I*, 1993/94, 22 014, 21.

450 Castermans & Terlouw 2005, p. 43. Bij de evaluatie van 2005 heeft de CGB voorgesteld bij het toepassen van de norm voor gelijke behandeling aan te sluiten bij het algemene rechtsbeginsel, neergelegd in art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW, dat een regel buiten toepassing kan worden gelaten wanneer dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. *Het verschil gemaakt* 2005, p. 35, 36.

451 *Derde Evaluatie Awgb* 2011, p. 87-89. Zie ook paragraaf 7.5.2, over de rechtsvergelijking met het AGG.

452 Cremers-Hartman 2004, p. 35.

453 Uit de rechtspraak en literatuur blijkt dat bij het vaststellen van het vermoeden van indirect onderscheid zich een aantal problemen aandient van onder andere bewijsrechtelijke aard. Cremers-Hartman 2004, p. 41.

3.5.4 Categorisering

Kerkgenootschap

De uitzonderingsbepalingen van de Awgb voor de verschillende typen tendensinstellingen stemmen overeen met de onderverdeling in de drie hoofdvormen kerkgenootschap, onbenoemde tendensinstelling en instelling van bijzonder onderwijs.

Op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag is de Awgb niet van toepassing (art. 3 onder a Awgb). Maar kerkgenootschappen zijn niet categorisch van de wet uitgesloten.⁴⁵⁴ Uit de concrete omstandigheden valt af te leiden of de rechtsverhouding *van* een kerkgenootschap als een rechtsverhouding *binnen* het genootschap kan worden aangemerkt.⁴⁵⁵ Per functie zal dat kunnen verschillen, waarbij de grens niet in algemene termen valt te omschrijven. Een schoonmaker of tuinman die af en toe werkzaamheden voor het kerkgenootschap verricht, neemt een andere positie in dan een koster of een zendingswerker.⁴⁵⁶

Behalve op interne rechtsverhoudingen van kerkgenootschappen is de Awgb niet van toepassing op het geestelijk ambt (art. 3 onder b Awgb). Terughoudendheid is vereist met betrekking tot de innerlijke overtuiging en de directe uitdrukking daarvan in het verband van een kerkgenootschap.⁴⁵⁷

In geval van extern rechtsverkeer tussen een kerkgenootschap en derden, is de Awgb wel van toepassing.⁴⁵⁸ Het kerkgenootschap kan dan als een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag in de zin van art. 5 lid 2 of art. 7 lid 2 Awgb worden aangemerkt.⁴⁵⁹

Sommige kerkgenootschappen onderzoeken op welke wijze stichtingen (en verenigingen) die ooit vanuit het kerkgenootschap zijn opgericht, kunnen worden omgezet in de rechtsvorm van zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap.⁴⁶⁰ Deze oriëntatie is mede op gang gebracht vanwege de consequenties voor onder meer het personeelsbeleid de Awgb.

Onbenoemde tendensinstelling

Het begrip instelling heeft dezelfde betekenis als gangbaar in het normale spraakgebruik. Rechtspersoonlijkheid is onder de Awgb niet vereist. Een instelling kan

454 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, A, p. 11; herhaald in de Nota naar aanleiding van het Verslag in *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 11.

455 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 15, 49-50. *Kamerstukken II* 1991/92, nr. 5, p. 75-77 en nr. 10, p. 29-30.

456 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, A, p. 11. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 50.

457 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 15.

458 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, nr. 10, p. 12.

459 *Kamerstukken I*, 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 14.

460 Het kerkgenootschap Gereformeerde Gemeenten doet onderzoek naar de mogelijkheden.

ook van een natuurlijk persoon of rechtspersoon uitgaan.⁴⁶¹ Een onderverdeling is mogelijk in twee groepen, namelijk de instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke of politieke grondslag en de instelling van bijzonder onderwijs.

Instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en instellingen op politieke grondslag mogen onderscheid maken wegens eisen die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie (art. 5 lid 2 onder a en b Awgb). Voor de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag gelden dezelfde uitgangspunten als voor een instelling op politieke grondslag. Bij de tweede soort instelling ontbreekt politieke gezindheid als verbodgrond voor onderscheid. Politieke gezindheid vormt het hart van de identiteit van dergelijke instellingen, bij uitstek reden om onderscheid te maken. Instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en instellingen op politieke grondslag vallen onder de noemer onbenoemde tendensinstelling.

Instelling van bijzonder onderwijs

Een instelling van bijzonder onderwijs mag eisen stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag (art. 5 lid 2 onder c Awgb). Eisen in verband met het verwezenlijken van de grondslag hebben een ruimere werkingssfeer dan eisen die nodig zijn voor het vervullen van een functie. Bij de totstandkoming van de Awgb stelde de regering dat het verschil in karakter tussen de onderwijsinstelling en de overige tendensinstellingen vooral is gelegen in het gegeven dat het onderwijs nauw samenhangt met de opvoeding van kinderen en derhalve met het recht van ouders hun kinderen overeenkomstig de eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen op te voeden.⁴⁶² Ook de grondwettelijke en verdragsrechtelijke bescherming van het bijzonder onderwijs strekt verder.⁴⁶³

De uitleg dat de onderwijsinstelling een fundamenteel ander karakter heeft dan de onbenoemde tendensinstelling, bevredigt niet. Voor iedere instelling die ernst wil maken met de identiteit, is een eenheid van leer en leven wezenlijk, ook buiten het onderwijs. Het doel van iedere tendensinstelling staat in het teken van het verwezenlijken van de grondslag. Ook bij de onbenoemde tendensinstelling kan het beoordelen van een functie in het licht van de doelstelling niet geschieden met voorbijgaan aan het verwezenlijken van de grondslag.⁴⁶⁴ De vraag doet zich zelfs voor of zo de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging feitelijk niet wordt achtergesteld bij de vrijheid van onderwijs.⁴⁶⁵

461 In het tweede geval betreft het een juridisch onzelfstandig onderdeel van de rechtspersoon. Bij de totstandkoming van de Awgb is toegelicht wat het begrip instelling uit artikel 7 lid 1 sub c behelst. Het kan analogisch worden toegepast op de andere artikelen uit deze wet. *Kamerstukken I*, 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 14. Zie ook: *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 80.

462 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 52.

463 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 9, p. 24. *Handelingen I*, 1993/94, 22 014, 21, p. 1056, 1057.

464 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 33. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 53.

465 Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Awgb in de Tweede Kamer stelde Tweede Kamerlid Leerling (RPF) dat de vrijheid van onderwijs in principe een verbijzondering van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging is. *Handelingen II*, 1992/93, 46, p. 3459.

3.5.5 Onderscheid bij de arbeid

Functie-eisen

Achtereenvolgens krijgen bespreking de reikwijdte van art. 5 Awgb, de uitzonderingen op het verbod op het maken van onderscheid en de zogeheten enkele-feitconstructie.

Art. 5 lid 1 Awgb trekt de grens van de materiële werkingssfeer ruim. Het verbod van onderscheid bij de arbeid strekt zich uit van werving en selectie tot en met het beëindigen van de arbeidsverhouding. Ook bemiddeling, scholing, bevordering, arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden vallen eronder. Daarmee bestrijkt de Awgb feitelijk het gehele arbeidstraject.⁴⁶⁶ De term arbeidsverhouding doelt op arbeidsrelaties waarin onder het gezag van een ander arbeid wordt verricht.⁴⁶⁷ Art. 5 lid 3 Awgb zondert de werkverhouding die een privékarakter draagt, van de bepalingen van art. 5 lid 1 Awgb uit.⁴⁶⁸ Het ruime bereik van de Awgb vult eventuele leemten in de personele werkingssfeer van de WGB m/v en/of art. 7:646 en 7:647 BW, gelet op het beperktere bereik van art. 7:610 BW, op.⁴⁶⁹

Art. 5 lid 2 Awgb bevat een aantal uitzonderingsbepalingen die de kern vormen van de bescherming van de arbeidsrechtelijke positie van de tendensinstelling.⁴⁷⁰ Art. 5 lid 2 onder a en b Awgb laat de vrijheid van de instelling op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag onverlet eisen te stellen die voor de vervulling van een functie nodig zijn, gelet op het doel van de instelling. De instelling moet deze eisen op iedereen op dezelfde wijze toepassen.⁴⁷¹ Het stellen van eisen kan tot het maken van onderscheid leiden.⁴⁷² Het onderscheid moet op het doel van de instelling zijn terug te voeren, zoals dat uit de statuten of uit de feitelijke werkzaamheden blijkt.⁴⁷³ Het doel wordt mede ingekleurd door de grondslag. Op zichzelf genomen is het doel geen zelfstandig criterium bij de beoordeling van de te stellen eisen. De betrokken instelling zal nauwkeurig moeten nagaan welke bete-

⁴⁶⁶ Uitgebreid: zie Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 27-30.

⁴⁶⁷ Dat kan een arbeidsovereenkomst of ambtelijke aanstelling zijn. Ook de gelijkgestelde arbeidsverhoudingen vallen hieronder. Cremers-Hartman 2004, p. 130. Art. 5 lid 1 onder a Awgb, over werving en selectie, spreekt over een betrekking. Hieronder is ook het vrije beroep begrepen. Cremers-Hartman 2004, p. 138.

⁴⁶⁸ Heel wat kleinschalige arbeidsverhoudingen hebben in wezen hetzelfde karakter als een werkverhouding in de privé sfeer. De wettekst zal op dit punt terminologisch in overeenstemming met de Kaderrichtlijn worden gebracht. *Kamerstukken II*, 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 5. (Brief minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 19 december 2008).

⁴⁶⁹ De CGB heeft art. 5 lid 4 Awgb (benoeming functies in bestuur- en adviesorganen) aangegeven ook functies waarbij de gezagsverhouding minder duidelijk aanwezig is, als betrekking in de zin van art. 5 Awgb te beschouwen. Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 25, 26.

⁴⁷⁰ *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7.

⁴⁷¹ *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 22.

⁴⁷² De formulering van de uitzonderingsbepaling sluit nauw aan bij art. 1 lid 2 ILO-verdrag nr. 111 betreffende discriminatie in arbeid en beroepen: Any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof shall not be deemed to be discrimination.

⁴⁷³ *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 17. Het kabinet heeft de zinsnede in de memorie van toelichting dat de formulering 'nodig zijn' ziet op eisen die van 'essentiële betekenis' zijn, geschrapt. Volgens de Raad van State zou door deze bewoordingen onterecht de indruk kunnen bestaan dat de betreffende instellingen slechts minimale eisen zouden mogen stellen. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, B, p. 18. Zo kan de naam van de instelling een aanwijzing zijn. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 80.

kenis hieraan in het concrete geval toekomt.⁴⁷⁴ Wanneer instemming met het doel van de instelling wordt gevraagd, zal er een duidelijke, objectiveerbare band moeten bestaan tussen de overtuiging die het doel onderschrijft en de daaraan ontleende regels en de eisen van de instelling.⁴⁷⁵ Onderscheid op gronden die geen nauw verband met het doel van de instelling houden, of die daarvoor niet relevant (behoren te) zijn, is verboden.⁴⁷⁶

Instellingen van bijzonder onderwijs hebben een iets grotere vrijheid bij het stellen van eisen. Art. 5 lid 2 Awgb onder c, over de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs, spreekt over eisen over de vervulling van een functie, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag.⁴⁷⁷ De vrijheid van onderwijs impliceert dat onderwijs kan worden gegeven ter verwezenlijking van de grondslag waarin de richting van de school tot uitdrukking is gebracht.⁴⁷⁸ De verwezenlijking van de grondslag is onlosmakelijk met de functie verbonden. Met het oog daarop biedt de Awgb ruimte aan het personeel eisen te stellen die bijdragen tot het verwezenlijken van de grondslag van de instelling. Dat betekent dat de te stellen eisen, anders dan art. 5 lid 2 onder a en b Awgb, ook betrekking kunnen hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeien uit de vervulling van een functie binnen de instelling, maar die daarvoor wel van belang zijn. Onderscheid vanwege grondslag, ook met betrekking tot gedragingen van personeelsleden buiten de instelling, is slechts denkbaar in combinatie met andere gedragingen.⁴⁷⁹

De te stellen eisen kunnen zich tot de persoonlijke levenssfeer uitstrekken. Het kan gedragingen of uitlatingen buiten de instelling betreffen. De tendensinstelling moet een objectiveerbare band kunnen aantonen tussen het doel en de grondslag van de instelling en eisen die daarop betrekking hebben. Het gaat om een functioneel verband. Een dergelijke beoordeling is niet uitzonderlijk, maar komt ook elders in het arbeids- en ambtenarenrecht voor. De persoonlijke levenssfeer kan immers niet als een strikt af te bakenen sfeer worden gezien.⁴⁸⁰ Het bijzondere bij art. 5 lid 2 Awgb is dat uitlatingen of gedragingen die strikt genomen buiten de werksfeer plaatsvinden, de goede functievervulling van betrokkene in of het goede functioneren van de instelling op een bepaalde grondslag kunnen aantasten, omdat zij in de optiek van de instelling niet met het doel en de grondslag verenigbaar zijn.⁴⁸¹ Naarmate gedragingen meer het openbare leven raken, zal minder van afbakening

474 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 18.

475 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 44.

476 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 17.

477 Wat de afweging van de positie van de instelling van bijzonder onderwijs bij het mogen maken van onderscheid compliceert, is de vraag hoever de bevoegdheid van het bevoegd gezag inzake het waarborgen van de grondslag strekt. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 9, p. 21, 22. Een 'redelijke uitleg' van de in art. 23 GW gegarandeerde aanstellingsvrijheid brengt volgens de regering met zich 'dat algemeen geldende eisen van het arbeidsrecht daarmee in beginsel verdedigbaar zijn'. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 23. Schutte (GPV), tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer: 'Ik beseft dat de wetgever eerder de benoemingsvrijheid heeft ingeperkt op andere gronden dan de bekwaamheid en de zedelijkheid van het personeel. (...) Maar het gaat wel ver om met een beroep op de regels van arbeidsrecht de benoemingsvrijheid in te perken ten einde voorrang te geven aan het recht op gelijke behandeling.' *Handelingen II*, 1992/93, 46, p. 3433.

478 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 8.

479 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 18.

480 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 41.

481 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 25, 26, 54.

sprake kunnen zijn waarbinnen een tendensinstelling niet zou mogen treden. De memorie van antwoord van het wetsvoorstel Awgb hierover:⁴⁸²

‘Gedragingen die niet kenbaar zijn, zullen ook zelden als relevant kunnen worden aangemerkt. (...) In een kleine gemeenschap kunnen deze gedragingen bovendien duidelijker kenbaar zijn dan in de anonimiteit van een grote stad.’

Leefstijl, voor zover in het openbaar kenbaar, doet ertoe. Iemand kan in het openbaar blijk geven van een zodanige leefstijl dat hij het doel dan wel de grondslag van de instelling in feite verwerpt of zelfs belachelijk maakt. In zo’n geval kan twijfel rijzen aan zijn geschiktheid voor de functie.⁴⁸³

De uitzonderingen van art. 5 lid 2 Awgb voor de tendensinstelling zijn sterk op het vervullen van een op zichzelf staande functie gericht. De context van de functie binnen de arbeidsorganisatie als geheel, voor de tendensinstelling een wezenlijk gegeven, blijft daardoor echter onderbelicht. Hoewel deze in lijn ligt met de keuze voor de bescherming in de Awgb van het individu, kan worden betwijfeld of daarmee voldoende recht wordt gedaan aan de samenhang in de arbeidsorganisatie die een wezenskenmerk van de tendensinstelling is.

Enkele-feitconstructie

Het enkele feit van een persoonlijk kenmerk genoemd in de verbodsgronden van art. 1 Awgb kan als zodanig geen dienst doen als onderscheidmakende functie-eis in de zin van art. 5 lid 2 Awgb. Een school mag geen sollicitant afwijzen op grond van het enkele feit dat de aspirant-leerkracht homoseksueel is.⁴⁸⁴ Om op deze grond tot afwijzing te mogen overgaan, dus onderscheid te maken, moet de instelling bijkomende omstandigheden die verband houden met de homoseksualiteit en die relevant zijn voor het functioneren, in de beoordeling betrekken.⁴⁸⁵

Wanneer sprake is van bijkomende omstandigheden, dan wel van omstandigheden die inherent zijn aan een persoonlijk kenmerk, is dat een kwestie van casuïstiek. Van belang is dat alleen rekening mag worden gehouden met de bijkomende omstandigheden, voor zover ze relevant zijn voor het functioneren binnen de instelling, gelet op het doel ervan.⁴⁸⁶ De toetsing aan de hand van het enkele feit en bijkomende omstandigheden staat als enkele-feitconstructie bekend. Deze beoogt recht te doen aan zowel het belang van het kunnen stellen van gerechtvaardigde eisen voor of over de vervulling van een functie, als aan het belang dat bij het stellen

482 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 42. In dezelfde zin: *Kamerstukken I*, 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 11.

483 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 48a, p. 12.

484 Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 622. De problematiek van homoseksuele leerkrachten in het bijzonder onderwijs doet zich sporadisch voor. ‘Het aantal klachten over discriminatie van homoseksuele docenten was veel geringer dan verwacht’, zegt oud-plaatsvervangend lid van de CGB (1994-2004) Den Boer. Den Boer 2004, p. 9. CGB 15 juni 2007, 2007-100 (De Passie). *Reformatorisch Dagblad* 15 mei 2009, ‘Christelijke school schorst homoseksuele leraar’.

485 Wanneer dit niet zou geschieden, zou de wetgever de betekenis van de waarborging van de vrijheden van art. 6, 8 en 23 GW miskennen. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7. Zie ook: Kötter 2010, p. 134.

486 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, B, p. 13.

van deze eisen geen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt.⁴⁸⁷

Bij de totstandkoming van de Awgb viel veel kritiek te beluisteren op de praktische hanteerbaarheid van de enkele-feitconstructie. Het onderscheid tussen het 'enkele feit' en 'bijkomende omstandigheden' zou niet duidelijk zijn. In feite draaide het om de vraag hoe de marges zouden uitvallen.⁴⁸⁸ Hoe beperkter de interpretatie van het enkele feit, hoe ruimer de mogelijkheid voor de tendensinstelling om onderscheid te maken. Enerzijds mag die constructie niet zo beperkt of marginaal worden opgevat, dat het verbod van onderscheid zou worden uitgehold. Anderzijds is terughoudendheid geboden bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde eis nodig is, gelet op het doel van de instelling of voor de verwezenlijking van de grondslag van een instelling. Deze beoordeling is primair aan de instelling zelf. De rechter zal slechts toetsen of er redelijkerwijs een objectiveerbaar verband tussen doel of grondslag en de gestelde eis bestaat.⁴⁸⁹

Volgens het kabinet beperkt de enkele-feitconstructie genoemde vrijheden weliswaar in vergaande mate, maar wel met respect voor hun kern.⁴⁹⁰ In het advies over de EG-implementatiewet Awgb laat de Raad van State zich kritisch uit over het abstracte gehalte van de enkele-feitconstructie. Het kabinet repliceert dat de enkele-feitconstructie de weerslag is van een langdurige, intensieve politieke, maatschappelijke en juridische discussie. Daarin is een zorgvuldige balans gevonden tussen het discriminatieverbod en een aantal andere grondrechten en mensenrechten, te weten de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van vereniging en vergadering.⁴⁹¹

3.5.6 Commissie Gelijke Behandeling

Naleving Awgb

Klachten over naleving van de Awgb kunnen aan de CGB worden voorgelegd (art. 11-20 Awgb).⁴⁹² Kenmerkend voor de CGB is de laagdrempelige toegang.⁴⁹³ Verreweg de meeste verzoeken (89 procent) worden door een natuurlijk persoon ingediend.⁴⁹⁴ Degene die meent dat in zijn nadeel onderscheid is of wordt gemaakt, moet feiten en/of omstandigheden (samen: ondersteunende feiten) aanvoeren die onderscheid op grond van de functie-eis kunnen doen vermoeden. Wanneer de CGB het vermoeden van (ongerechtvaardigd) onderscheid uit de ondersteunende feiten

487 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 49. *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 12.

488 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 29, 30. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 9, p. 17-22.

489 *Kamerstukken I*, 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 13.

490 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, B, p. 7. Een initiatiefwetsvoorstel van de VVD, PvdA, D66, SP en GroenLinks om de enkele-feitconstructie uit de Awgb te halen, beoogt aansturing op affiniteit mogelijk te maken, maar het vereiste van het volledig onderschrijven van de identiteit te schrappen. Ook binnen de richting en uitgangspunten van de instelling zou diversiteit een feit zijn. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 476, nr. 1-3.

491 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, A, p. 10, 12.

492 De WGB m/v kende reeds een CGB. Deze is naar de Awgb overgeheveld.

493 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 9. De kwaliteit van de leden van de CGB ziet behalve op juridische deskundigheid op specifieke deskundigheid met betrekking tot een of meer van de verschijningsvormen van discriminatie en op een of meer van de door de Awgb bestreken terreinen. *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 770, nr. 10, p. 11.

494 *CGB Jaarverslag* 2008, p. 47.

kan afleiden, moet de verweerder vervolgens bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.⁴⁹⁵ Het beroep op objectieve rechtvaardiging behoeft een onderbouwing.⁴⁹⁶ De bewijslast verschuift hiermee van de benadeelde naar de wederpartij.⁴⁹⁷

Bij de toetsing gaat het er niet om de inhoud van de grondslag te beoordelen, maar na te gaan of de instelling zich terecht erop beroept dat de gestelde eisen nodig zijn, gelet op het doel dan wel de verwezenlijking van de grondslag. Bij de totstandkoming van de Awgb werd bevestigd dat van marginale toetsing kan worden gesproken.⁴⁹⁸ Toegespitst op de oordelen van de CGB, valt in de eerste plaats een strikte uitleg op van het begrip functie-eis.⁴⁹⁹ Als de identiteit van een instelling niet rechtstreeks doorwerkt in de functie, is deze voor de functie ook niet relevant.⁵⁰⁰ In de tweede plaats 'straft' de CGB inconsequent handelen consequent af. Het beleid (van een tendensinstelling) moet consequent zijn gericht op het handhaven van de identiteit.⁵⁰¹

CGB en burgerlijke rechter

Het oordeel van de CGB heeft noch de rechtskracht van bindend advies, noch van (pseudo)rechtelijke uitspraak. Bij de CGB kan in wezen niet meer worden gevraagd dan een verklaring voor recht dat een bepaald handelen in strijd is met de wetgeving gelijke behandeling.⁵⁰² De uitspraken hebben geen dwingende rechtsgevolgen, zoals ten aanzien van de bewijslast. Er bestaat altijd de mogelijkheid een oordeel van de CGB aan de rechter voor te leggen.⁵⁰³

Bij de totstandkoming van de Awgb werd desondanks de suggestie gewekt dat de CGB in feite zal gaan optreden als pseudorechter.⁵⁰⁴ Minister van Justitie Hirsch Ballin sprak zich bij de behandeling van het wetsvoorstel in deze zin uit een heel specifieke rol voor de CGB te zien als voorportaal voor mogelijke geschillen die aan de rechter zullen worden voorgelegd.⁵⁰⁵

De burgerlijke rechter is niet aan het oordeel van de CGB gebonden, al is deze op grond van dezelfde gegevens tot het oordeel gekomen dat sprake is van verboden onderscheid.⁵⁰⁶ Uit art. 121 GW vloeit wel voort dat de rechter een motiverings-

495 CGB 19 april 1999, 1999-31, AB 2000, 62 (Allochtone welzijnswerker Leiden).

496 Dit is in overeenstemming met art. 150 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 18.

497 Het Gemeenschapsrecht laat de lidstaten de ruimte een voor de eiser nog gunstiger bewijsregeling in te voeren. Cremers-Hartman 2004, p. 158; In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer over wijziging van de WGB m/v en het BW ter uitvoering van richtlijn 2002/73/EG staat het kabinet uitvoerig stil bij vragen over de bewijslastverdeling. *Kamerstukken I*, 2005/06, 30 237, nr. 3, p. 1-3.

498 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 51; *Kamerstukken II*, 1993/94, 22 014, nr. 48a, p. 10.

499 Het arbeidscontract komt diepgaand aan de orde in Hoofdstuk 4.

500 CGB 8 februari 1999, 1999-16 (Christelijke timmerman). CGB 23 december 1996, 1996-118 (Keukenmedewerker I). CGB 23 december 1996, 1996-118 (Keukenmedewerker I).

501 CGB 18 augustus 2005, 2005-156 (Hoofddoek kamermeisje). CGB 15 juni 2005, 2005-102 (Islamitische roostermaker). CGB 21 december 2004, 2004-168 (Nieuw-Vrijgemaakte leraar). CGB 15 november 2005, 2005-222 (Moslimdocente Arabisch).

502 Castermans & Terlouw 2005, p. 60.

503 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 10.

504 *Handelingen II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 41, 42.

505 *Handelingen II*, 1992/93, nr. 47, p. 3523.

506 Hof Leeuwarden 27 januari 2009, *JIN* 2009/178 (Verhouding burgerlijke rechter CGB).

plicht heeft voor het geval hij afwijkt van het oordeel van de CGB indien dit in een geschil aan de orde wordt gesteld.⁵⁰⁷ De algemene indruk is dat de civiele rechter de gelijkheidsnormen soepeler hanteert dan de CGB.⁵⁰⁸ In de verhouding tussen beide partijen heerst een wederzijdse afstand en koelte.⁵⁰⁹ Het voorgaande laat onverlet dat aan de oordelen van de CGB gewicht wordt toegekend.⁵¹⁰ De status van pseudo-rechter blijft nadrukkelijk in beeld.⁵¹¹

3.5.7 Congruentie Kaderrichtlijn en Awgb

Kritiek Europese Commissie

De Awgb moet met de Kaderrichtlijn overeenstemmen. Volgens de Europese Commissie hanteert Nederland de uitzonderingen voor de tendensinstelling niet strikt genoeg, wat in strijd is met het uitgangspunt van het beginsel van non-discriminatie in de Kaderrichtlijn.⁵¹² De kritiek uit Brussel is in een procedure van 'met redenen omkleed advies' (hierna te noemen: het advies) verwoord. Er is sprake van terminologische kritiek en inhoudelijke bezwaren.⁵¹³

In 2008 maant de Europese Commissie Nederland de Europese regelgeving tegen discriminatie in werk en beroep op grond van levensbeschouwing, geloof, han-

507 Volgens Castermans leert de ervaring dat de procedure voor de CGB ook de proceshouding van partijen in de daaropvolgende civiele procedure beïnvloedt. Castermans 2007, p. 373.

508 Rehbock & Van Dijk 2005, p. 19. Een voorbeeld is het verschil tussen de CGB en de rechtbank Den Haag bij het beoordelen van de vraag of alleen gemengde paren aan een danswedstrijd mogen deelnemen. Rb. Den Haag 26 juli 2006 (Ongemengd danspaar II): 'Gesteld noch gebleken is dat seksuele gerichtheid van een deelnemer een rol speelt bij de regeling in het wedstrijdelement van een dansschool dat alleen gemengde paren aan wedstrijden mogen deelnemen.' De CGB had geoordeeld tot 'direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid omdat de weigering ongemengde paren deel te laten nemen aan danswedstrijden rechtstreeks voortvloeit uit de dominante heteroseksuele norm'. CGB 21 september 2004, 2004-116 (Ongemengd danspaar I).

509 Asscher-Vonk 2007, p. 225-230. Zie ook: Wentholt 2007, p. 290.

510 In de periode 2005-2009 zijn de oordelen in driekwart van de gevallen opgevolgd. Voor de gronden geslacht, godsdienst en levensovertuiging, seksuele gerichtheid en burgerlijke staat, met name voor de tendensinstelling van belang, ligt het opvolgingspercentage lager, te weten op ongeveer twee derde van de oordelen. Derde Evaluatie Awgb 2011, p. 33, 34. Dit ligt in lijn met de vorige periode. Over de jaren 1999-2004 refereerde de rechter in 81 procent van de zaken expliciet aan het oordeel van de CGB. De rechter nam het CGB-oordeel in 61 procent van deze zaken over. Afwijkingen zijn in de regel op een ander toetsingskader of een gewijzigd feitencomplex terug te voeren. Het verschil gemaakt 2005, p. 125. Zie voor de wenselijkheid van een meer integrale belangenafweging: Derde Evaluatie Awgb 2011, p. 152, 155, 156. CGB-voorzitter Goldschmidt noemt het een voordeel meer op overtuigen te zijn gericht: 'Mijn persoonlijke opvatting is dat je voor gelijke behandeling vooral een mentaliteitsverandering moet zien te bereiken. De Commissie kan laten zien dat bepaalde zaken anders kunnen.' Nederlands Dagblad 1 september 2003, 'Samenleven gaat niet zonder groepsvormen'. Ten aanzien van het kabinetsstandpunt om de oordelen van de CGB bindende kracht te onthouden (laagdrempeligheid, want de procedure is kosteloos en er is geen procesvertegenwoordiging nodig): Kamerstukken II, 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 17.

511 Op het symposium 'De toekomst van de Commissie gelijke behandeling', 6 december 1993 in Utrecht, zei de toenmalige minister van Justitie dat een procedure voor de CGB als aantrekkelijk, laagdrempelig alternatief voor een gerechtelijke procedure kan fungeren. In de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Awgb in de Eerste Kamer legde de minister desgevraagd uit dat met alternatief 'alleen maar' is bedoeld dat belanghebbenden de mogelijkheid wordt geboden niet alles meteen aan de rechter te hoeven voorleggen, wat derhalve geenszins een pleidooi voor vervanging voor de rechtspraak zou betekenen. Deze uitleg laat de deur voor pseudorechtspraak in de praktijk open. *Handelingen I*, 1993/94, 22 014, 21, p. 1092.

512 Zie voor de bespreking van de Kaderrichtlijn paragraaf 3.3.3.

513 Zie voor de bespreking van de terminologie paragraaf 3.5.3.

dicap en seksuele oriëntatie volledig door te voeren.⁵¹⁴ De strikte uitzonderingen voor de tendensinstelling in de Kaderrichtlijn zouden ten onrechte als generieke vrijstellingen in de Awgb zijn vertaald.⁵¹⁵ De Europese Commissie maant Nederland de grenzen van de uitzondering van art. 4 Kaderrichtlijn duidelijk aan te geven en overeenkomstig art. 2 lid 1 Kaderrichtlijn daadwerkelijke bescherming tegen discriminatie te bieden.⁵¹⁶ Toegespitst, zou art. 3 Awgb een algemene uitzondering bevatten voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt, wat in strijd met de Kaderrichtlijn is. Art. 5 lid 2 Awgb zou, eveneens in strijd met de Kaderrichtlijn, in een algemene uitzondering op het discriminatieverbod voor kerken en verwante organisaties voorzien. De wettekst zou niet duidelijk maken dat aan een zogenoemde dubbele test moet worden voldaan, namelijk de vereisten van een legitiem doel en evenredigheid aan dat doel. Dit punt van kritiek heeft ook betrekking op de enkele-feitconstructie.⁵¹⁷

De regering streeft naar aanpassing van de Awgb aan de Kaderrichtlijn, maar wel met behoud van de hierin neergelegde balans tussen grondrechten.⁵¹⁸ Het gaat in het bijzonder om het evenwicht tussen het beginsel van non-discriminatie en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs.⁵¹⁹ Het advies, een tweetal evaluatierapporten en het advies van de CGB naar aanleiding van de kritiek van de Europese Commissie zullen bij het onderzoek naar de wenselijkheid van aanpassing van de Awgb worden betrokken.⁵²⁰ De aanpassing van de wetgeving zal in verschillende stappen plaatsvinden.

Positie kerkgenootschap

De inhoudelijke kritiek van de Europese Commissie richt zich om te beginnen op de positie van het kerkgenootschap. In 2009 adviseert de Raad van State, waarop de regering met een reactie komt.⁵²¹

De regering is niet voornemens art. 3 Awgb te wijzigen. Deze bepaling biedt geen generieke, categorische uitzondering voor kerkgenootschappen, maar verleent slechts een vrijstelling voor de benoeming tot het geestelijk ambt en rechtsverhoudingen binnen het kerkgenootschap. De regering volgt de Raad van State, die

514 Met redenen omkleed advies (hierna te noemen: 'met redenen omkleed advies') gericht op Nederland krachtens artikel 226 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap wegens het niet correct omzetten van artikel 2 lid 1, artikel 2, lid 2, onder a), artikel 2, lid 2, onder b), en artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 25 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Brussel, 31 januari 2008, 2006/2444, C (2008)0115. Het advies volgt op de ingebrekestelling die de Commissie op 18 december 2006 naar Nederland had gestuurd. Brussel, 18 december 2006, zaak 2006/2444 (SG-Grefte(2006) D/207781). Met Nederland krijgen nog tien andere landen kritiek.

515 Met redenen omkleed advies, p. 6.

516 Met redenen omkleed advies, p. 5, 6.

517 Kritiek op deze bepaling komt uitdrukkelijk in het corpus van het 'met redenen omkleed advies' aan de orde.

518 *Kamerstukken II* 2007/08, 27 017, nr. 40 (brief 18 maart 2008 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties).

519 *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481, nr. 6, p. 3. (brief van de minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer 19 december 2008).

520 *Hertogh & Zontjes* 2006. *Het verschil gemaakt* 2005. *CGB-advies Kaderrichtlijn* 2008. *Kamerstukken II*, 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 1, 2 (brief van de minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer 19 december 2008). Zie voor de voorgeschiedenis van de evaluatiewet: *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 481, nr. 1.

521 *Kamerstukken II*, Bijlage 2009/10, 2009D55585, 14 november 2009. *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481, nr. 7.

zich op het standpunt stelt dat art. 4 Kaderrichtlijn in materieel opzicht dezelfde bescherming aan de vrijheid van godsdienst biedt als die welke met art. 3 Awgb is beoogd. Omwille van de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat moet de staat zich afzijdig houden van het kerkelijk 'personeels- en cliëntenbeleid' en andere interne aangelegenheden van het kerkgenootschap. De Raad van State motiveert:⁵²²

'Dat beleid betreft immers een kernaspect van de organisatorische vrijheid van godsdienst (als gewaarborgd in artikel 6 Grondwet en 9 EVRM), die bovendien veelal nauw verbonden is met de vrijheid bepaalde inhoudelijk-theologische opvattingen te huldigen en aan de interne organisatie ten grondslag te leggen.'

De scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst brengen mee dat de overheid geen rol heeft bij het bepalen van criteria voor de benoeming tot het geestelijk ambt, alsmede de toelating tot een opleiding daartoe. Dit wordt anders wanneer een kerkgenootschap zich in het maatschappelijk veld begeeft. Dan is niet langer sprake van interne rechtsverhoudingen, zodat de uitzonderingen voor de tendensinstelling van art. 5 of 7 Awgb gelden. Er is geen aanleiding art. 3 Awgb te wijzigen.⁵²³

Positie tendensinstelling

De kritiek uit Brussel spitst zich verder toe op de uitzonderingen voor de tendensinstelling. Door de enkele-feitconstructie in art. 5 lid 2 Awgb zou de reikwijdte hiervan te ruim zijn bemeten. De Raad van State constateert dat de kernelementen van de richtlijnbeepaling reeds aanwezig zijn in de huidige tekst van de Awgb en dat er geen aanwijzingen zijn dat de Nederlandse praktijk, zoals deze zich in de loop der jaren op de voet van art. 5 Awgb heeft ontwikkeld, niet in overeenstemming met de Kaderrichtlijn zou zijn. Een en ander impliceert dat wijziging van de huidige wettekst niet noodzakelijk is. Daar staat tegenover dat door een nauwere aansluiting bij de richtlijnterminologie in de toekomst weer gemakkelijker kan worden aangesloten bij Europese jurisprudentie op het gebied van gelijke behandeling.

In aansluiting hierop besluit de regering dat een einde moet komen aan de misverstanden over de betekenis en de reikwijdte van de enkele-feitconstructie. In het conceptwetsvoorstel voor een Integratiewet gelijke behandeling (IW Awgb) keert deze constructie niet terug, de 'grote waarde' die hieraan tot in een recent verleden is gehecht, ten spijt.⁵²⁴ Voor de uitzonderingspositie van de tendensinstelling bij de arbeid moet een nieuwe formulering van art. 25 IW Awgb in de plaats van het

⁵²² Kamerstukken II, 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 16.

⁵²³ Kamerstukken II, 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 19, 20.

⁵²⁴ Kamerstukken II, 2009/10, 28 481, nr. 6, p. 1. Concept-wetsvoorstel Integratiewet Awgb. <<http://www.internet-consultatie.nl/integratiewetawgb>>.

huidige art. 5 Awgb meer duidelijkheid scheppen.⁵²⁵ De tekstvariant zou in essentie moeten gaan luiden:⁵²⁶

1. Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:
 - a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
 - b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
 vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.
2. Dit verschil in behandeling, waarbij de grondwettelijke bepalingen worden toegepast, mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.

Het gaat hier om de door de Raad van State voorgestelde tekstvariant A, die in opzet en systematiek zo dicht mogelijk aansluit bij art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn.⁵²⁷ De wettekst moet expliciet tot uitdrukking brengen dat de vrijheid van de hier bedoelde instellingen niet zo ver gaat dat met een beroep op uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende criteria discriminatoire eisen mogen worden gesteld die op andere specifieke persoonskenmerken zien. Naar de mening van het kabinet is het wenselijk wat dit element betreft expliciet aansluiting bij de richtlijntekst te zoeken.⁵²⁸ Hiermee moet worden voorkomen dat de gewijzigde wettekst opnieuw tot onduidelijkheid leidt over de reikwijdte van de uitzonderingen voor bijzondere instellingen, waardoor de discussie over de betekenis en toepassing van deze passage in de wet, onder meer over de reikwijdte van bijkomende omstandigheden, opnieuw voor lange tijd zou kunnen oplaaien. De nieuwe tekst moet waarborgen dat de huidige balans van grondrechten, waarbij de belangen van de instelling én die van het individu op evenwichtige wijze recht wordt gedaan, geen wijziging ondergaat.⁵²⁹

Deze stellingname betekent dat de Awgb in terminologisch opzicht wordt aangepast, maar dat in de praktijk tegelijk geen wijziging voor de tendensinstelling hoeft op te treden. De teneur van de commentaren laat zich niet als een verslechter-

525 In het conceptwetsvoorstel IW Awgb is de structuur van de Awgb geheel veranderd. Het volledige pakket aan discussiepunten en wetevaluaties is in 2010 echter controversieel verklaard. Aangekondigde debatten zijn uitgesteld. Het concept wetsvoorstel IW Awgb heeft al wel opengestaan voor internetconsultatie. In het proces van aanpassing zit begin 2011 weinig schot. Gerards & Koffeman 2010, p. 2216. Zie ook *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 832, nr. 6. <<http://www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb>>.

526 *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 18.

527 Tekstvariant B sluit tekstueel meer aan bij de huidige opzet van art. 5 lid 2 Awgb. *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 18.

528 De formulering 'met inachtneming van grondwettelijke bepalingen' in art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn is overigens veel toegankelijker dan 'waarbij de grondwettelijke bepalingen worden toegepast' in art. 25 lid 2 IW Awgb. Vermeulen & Overbeeke 2011, p. 150.

529 *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 12.

ring lezen.⁵³⁰ Hendriks & Terlouw noemen dit teleurstellend. In hun ogen laat het advies van de Raad van State zich meer lezen als een zoektocht naar het behoud van de ruimte voor instellingen van bijzonder onderwijs om homoseksuele docenten te weigeren, in plaats van een poging de Awgb 'Europa-bestendig' te maken.⁵³¹ Zondag spreekt van een leesbaar en in de praktijk veel beter hanteerbaar criterium dan de enkele-feitconstructie.⁵³² Daarentegen acht Jacobs het nog veel te vroeg om zonder eventuele uitspraak in een inbreukprocedure voor het HvJ EU al te kunnen stellen dat de enkele-feitconstructie in strijd met de Kaderrichtlijn is.⁵³³ Als het HvJ EU deze minieme inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet zou toestaan, zou het daarmee ook aanzienlijk grotere inbreuken in die sfeer elders in de EU ter discussie stellen en dat zijn vaak inbreuken waaraan in zeer veel EU-landen nog wordt gehecht. Het gaat om inbreuken die behalve christelijke stromingen ook joodse, islamitische, hindoeïstische en andere religies en levens-overtuigingen moeten bedienen. Jacobs wijst bovendien op de rijke verscheidenheid van cultuur tussen de lidstaten die in de EU dient te worden geëerbiedigd (art. 2 Verdrag van Lissabon).⁵³⁴

'Het gaat in deze materie om de strijdigheid tussen diverse grondrechten. Daar moet een balans tussen gevonden worden en de lidstaten moeten een zekere ruimte houden om die balans naar eigen goeddunken te kunnen invullen. Anders verwordt de Europese Unie tot een culturele eenheidsworst, waar niemand op zit te wachten.'

Hoewel Jacobs zwaar aan het schrappen van de enkele-feitconstructie tilt, behelst de uitzonderingsbepaling van art. 25 lid 1 IW Awgb in vergelijking met de tekst van art. 5 lid 2 Awgb naar mijn mening geen meer beperkende tekst voor de tendensinstelling. De uitweg die de enkele-feitconstructie de tendensinstelling in naam biedt om onderscheid te mogen maken, nodigt uit tot het zoeken van een weg in een juridisch moeras omzoomd door een politiek mijnenveld. Veel meer dan een minieme inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling kan deze constructie inderdaad niet opleveren.⁵³⁵ Het wegvallen van de enkele-feitconstructie laat de nevel van bijkomende omstandigheden op dit terrein verwaaien.

Als bijkomend voordeel valt bovendien te benoemen de wijze waarop de wetgever de term discriminatie in stelling brengt. Er staat niet geformuleerd dat een tendensinstelling mag discrimineren, door het stellen van eisen in overeenstemming met art. 25 lid 1 onder a en b IW Awgb. Integendeel, een verschil in behan-

530 De CGB merkt op dat art. 25 IW ruimer lijkt te zijn dan in de Kaderrichtlijn. CGB-advies Wetsvoorstel Integratiewet 2010, p. 2. In dezelfde zin: Hendriks & Terlouw 2009, p. 1636, 1637. Zie ook: Strijkers 2010, p. 136. Vermeulen & Overbeeke bespeuren onduidelijkheid in de toelichting op het wetsvoorstel. Vermeulen & Overbeeke 2011, p. 150.

531 Hendriks & Terlouw betichten de Raad van State ervan de regering behulpzaam te zijn bij het ontduiken van Europese regels. Hendriks & Terlouw 2009, p. 1636, 1637.

532 Zondag 2011, p. 39.

533 Ierland, met de abortuswetgeving, Polen, met de familiewetgeving, en Nederland, met het gedoogbeleid voor drugs, gingen ook niet bij de eerste de beste bries uit Brussel door de knieën. Jacobs 2009, p. 1904.

534 Jacobs 2009, p. 1905.

535 Illustratief voor deze constatering is de in paragraaf 4.5.7 te bespreken zaak-Renkema. Ktr. Den Haag 2 november 2011, LJN: BU3104 (Homoseksuele leraar).

deling vormt in deze gevallen nu juist geen discriminatie. Hiermee vervalt het in paragraaf 3.5.3 genoemde argument dat alleen het gebruik van de neutrale term 'onderscheid' kan voorkomen dat uitzonderingen op het verbod van onderscheid een vrijbrief tot discriminatie geven.

Het stellen van eisen die op een of meer van de verbodsgronden van de Awgb zien, is gerechtvaardigd voor zover deze eisen voldoende tot de godsdienst of levensbeschouwing die de grondslag van de instelling vormt, kunnen worden herleid.⁵³⁶ Daar waar de oude tekst te stellen eisen aan het doel van de instelling verbindt, voeren de eisen in de nieuwe tekst rechtstreeks op de grondslag terug. Het belang van het tendenskarakter wordt hiermee onderstreept. Vervolgens komt het onderscheid tussen de onbenoemde tendensinstelling en de instelling van bijzonder onderwijs te vervallen. Het huidige verschil in te stellen eisen voor de vervulling van een functie of over de vervulling van de functie roept eerder vragen op dan dat het verheldering biedt. Het beoogde doel, de instelling van bijzonder onderwijs een op art. 23 GW terug te voeren grotere marge toe te kennen, valt in de praktijk niet tot het verschil in formulering tussen art. 5 lid 2 onder a en b Awgb en art. 5 lid 2 onder c Awgb te herleiden. Daar staat tegenover de erkenning dat voor het stellen van eisen behalve voor een onderwijsinstelling ook voor een onbenoemde tendensinstelling de grondslag van wezenlijk belang is.

Verder benoemt de nieuwe tekst ook een houding van goede trouw en loyaliteit. Een verschil in behandeling wordt niet alleen vanuit de specifieke beroeps-eisen gemotiveerd, maar ook vanuit de context waarin het beroep wordt uitgeoefend. Dit wezenlijke element uit de Kaderrichtlijn ontbreekt in de huidige tekst. Wellicht mede hierdoor staat de toetsing door de CGB zo eenzijdig in het teken van de functie-eisen, in de nieuwe tekst de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten geheten, zonder daarbij met het functioneren in het geheel van de arbeidsorganisatie rekening te houden.

Een opmerkelijke, maar verklaarbare keuze is tot slot het woord discriminatie in art. 25 lid 2 IW Awgb. Verschil in behandeling, waarbij de grondwettelijke bepalingen worden toegepast, mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen. Gerechtvaardigd onderscheid is geen discriminatie, waardoor van een consequente, juiste keuze kan worden gesproken in de wettekst.

3.5.8 Conclusie

De tendensinstelling opereert in het spanningsveld van het beginsel van gelijke behandeling en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Geen andere wet zet de contouren van het rechtskader voor de tendensinstelling zo scherp neer als de Awgb.

De Awgb heeft het recht van het individu op gelijke behandeling als uitgangspunt. Voor direct onderscheid geldt een gesloten stelsel. Rechtvaardiging van indirect onderscheid vindt plaats door te toetsen of sprake is van een legitiem doel en een passend middel waarvan de toepassing noodzakelijk is. Bij de arbeid kunnen

⁵³⁶ NJB 26 juni 2009, 'Het "homo"-advies van de Raad van State' (nr. 25, p. 1614-1616).

functie-eisen in verband met de doelstellingen, die op de grondslag terugvoeren, tot gerechtvaardigd onderscheid leiden.

De Awgb hanteert een tweedeling in tendensinstellingen. Kerkgenootschappen, hun zelfstandige onderdelen en de lichamen waarin zij zijn verenigd, vallen voor de interne rechtsverhoudingen buiten de werking van de Awgb (art. 3 onder a Awgb).⁵³⁷ Overige tendensinstellingen mogen geclausuleerd functie-eisen stellen die tot ongelijke behandeling kunnen leiden (art. 5 lid 2 Awgb). Een onderverdeling van de tweede groep is in instellingen van bijzonder onderwijs en onbenoemde tendensinstellingen. De instelling van bijzonder onderwijs komt meer vrijheid toe bij het stellen van identiteitseisen, omdat de functie nadrukkelijker op de grondslag van de onbenoemde tendensinstelling wordt betrokken.

De CGB ziet als laagdrempelige klachteninstantie toe op de naleving van de Awgb. De oordelen dragen aan de rechtsvorming bij. De toetsing door de CGB kenmerkt zich door een toespitsing op het individu en de specifieke functie-inhoud, beduidend minder op de context van de arbeidsorganisatie. Het functioneren van de tendensinstelling als samenhangend geheel kan daardoor uit het oog raken. De CGB hecht veel waarde aan een consistent beleid en consequent, daarop gebaseerd gedrag.

Onder invloed van weerkerende evaluaties en kritiek van de Europese Commissie moet de Awgb wijziging ondergaan. Met de veranderingen beoogt de regering geen materiële wijzigingen. Naar de stand van zaken medio 2011 ziet het ernaar uit dat tekstueel nauwe aansluiting zal worden gezocht bij de tekst van de Kaderrichtlijn. Het kerkgenootschap blijft voor de interne rechtsverhouding van de Awgb gevrijwaard. De nieuwe tekst van het beoogde art. 25 lid 1 IW Awgb is een verbetering ten opzichte van art. 5 lid 2 Awgb. De grondslag is het rechtstreekse referentiepunt voor het stellen van eisen door de tendensinstelling. De overige tendensinstelling en de instelling van bijzonder onderwijs krijgen dezelfde mate van bescherming. De context van de arbeidsorganisatie krijgt nadrukkelijk een plaats door een houding van goede trouw en loyaliteit als te stellen functie-eis te benoemen. Uit de tekst van art. 25 lid 2 IW Awgb kan de conclusie worden getrokken dat gerechtvaardigd onderscheid geen discriminatie is. Het wegvallen van de enkele-feitconstructie hoeft niet als nadeel voor de tendensinstelling te worden aangemerkt.

3.6 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB m/v)

3.6.1 Inleiding

De WGB m/v incorporeert verschillende regelingen inzake gelijke behandeling.⁵³⁸

⁵³⁷ Evenals het geestelijk ambt.

⁵³⁸ Zie Asscher-Vonk & Wentholt 1994, p. 18 e.v., voor een overzicht. Directe aanleiding voor de WGB m/v is EEG-Richtlijn 76/207 van 9 februari 1976, over gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden. *Pb. EG* 1976 L 39.

In aanvulling op art. 7:646 en 7:647 BW regelt de WGB m/v de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid.⁵³⁹ De WGB m/v heeft een beperkter werkingssfeer dan de Awgb. Na een solitair bestaan van ruim een kwarteeuw staat de WGB m/v op de nominatie in de IW Awgb op te gaan.⁵⁴⁰

3.6.2 Hoofdregel

De kern van de WGB m/v is het verbod op onderscheid op grond van geslacht. Alle vormen van direct onderscheid in gevallen waarin de wet voorziet, zijn verboden (art. 1 WGB m/v). Bij de werving en selectie is onderscheid niet alleen verboden, de werkgever moet de gelijke behandeling ook kenbaar maken (art. 3 lid 1, 3 en 4 WGB m/v).

Het beginsel dat mannen en vrouwen gelijk moeten worden behandeld, heeft tot een omvangrijke stroom jurisprudentie geleid.⁵⁴¹ De hoofdregel is een vergaand verbod van onderscheid. Zo kan een transportbedrijf een potentiële chauffeur niet afwijzen op grond van haar geslacht.⁵⁴² Veelal draait het echter om praktijken waarvan pas bij een nadere beschouwing of onderzoek duidelijk wordt waarom er wel (of niet) sprake is van verboden onderscheid.⁵⁴³

De CGB ziet ook op handhaving van de WGB m/v toe (art. 11 lid 1 Awgb). De uitleg van de begrippen uit beide wetten loopt daardoor parallel. Mochten zich uitleggeschillen voordoen, dan brengt het specifieke karakter van de WGB m/v mee dat deze voorrang heeft boven de Awgb (art. 4 Awgb).

3.6.3 Uitzonderingen

Aan het principe van gelijke behandeling van mannen en vrouwen kan slechts worden getornd voor zover de WGB m/v daarin zelf voorziet. De ruimte daarvoor is beperkt. Direct onderscheid bij werving en selectie is toegestaan, als daarvoor een wettelijke basis is (art. 3 lid 3 WGB m/v). Indirect onderscheid is toegestaan, mits van een objectieve rechtvaardiging voorzien (art. 6 WGB m/v). Het hanteren van het onderscheidende criterium moet kunnen worden verklaard door factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. Daarbij dient sprake

⁵³⁹ Wet van 1 maart 1989, *Stb.* 86.

⁵⁴⁰ De IW Awgb strekt met name tot het samenvoegen van de belangrijkste wetgeving op het gebied van gelijke behandeling. Het gaat om de WGB m/v, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGB h/cz), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGB l) en art. 7:646 en 7:647 BW. In de oorspronkelijke opzet zou de IW Awgb een technisch karakter hebben. Inhoudelijke wijzigingen waren niet beoogd. *Kamerstukken I*, 2005/06, nr. 30 237, D, p. 1. Zie ook: *Kamerstukken I*, 2008/09, nr. 30 859, C, p. 2. Het bewerkstellingen van een zuiver technische gelijkschakeling zonder enige inhoudelijke verandering, is een illusie. *CGB Oordelenbundel* 2011, p. 21.

⁵⁴¹ Twee funderende uitspraken in het recht van de Europese Gemeenschappen zijn HvJ EG 31 maart 1981 (prejudiciële beslissing), nr. C-96/80, *NJ* 1982/419, *Jur.* 1981, p. 911 (Jenkins/Kingsgate) en HvJ EG 13 mei 1986 (prejudiciële beslissing), nr. C-170/84, *Jur.* 1986, p. 1607, *TVVS* 1988, p. 187 (Bilka/Weber).

⁵⁴² Op zich was 'het vrouwtje' volgens de ondernemer best wat mans. Rb. Assen 1 december 2004, *JAR* 2005/62 (Vrouwelijke vrachtwagenchauffeur).

⁵⁴³ HR 25 november 1988, *NJ* 1989/730 (Centrum voor Onderwijsbegeleiding Zaanstreek/Pot).

te zijn van een redelijke verhouding tussen beoogd doel en gehanteerd middel. De gekozen middelen moeten beantwoorden aan een werkelijke behoefte, die geschikt zijn om het doel te bereiken en die daarvoor ook noodzakelijk zijn.⁵⁴⁴

De WGB m/v voorziet in een uitzondering op het verbod op onderscheid inzake de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen, in gevallen waarin vanwege de aard of de voorwaarden voor de uitoefening van de betreffende beroepsactiviteit het geslacht bepalend is. Daaronder valt het geestelijke ambt (art. 5 lid 2 en 3 WGB m/v). Het Bisdom 's-Hertogenbosch heeft zodoende het recht een vrouw de toegang tot de diakenopleiding te ontfeggen.⁵⁴⁵

3.6.4 Conclusie

Het belang van het grondrecht gelijke behandeling, gezien ook de tendens dit fundamentele recht sterk te benadrukken, heeft voor mannen en vrouwen een eerste vertaling gekregen in de WGB m/v. Aan het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen valt niet of nauwelijks te tornen. Voor direct onderscheid bij werving en selectie is een wettelijke basis vereist. Voor de toegang tot beroepsactiviteiten staat de WGB m/v onderscheid toe bij het geestelijk ambt. Indirect onderscheid waarbij een bepaling van de WGB m/v in het geding is, is toegestaan wanneer dat onderscheid objectief is gerechtvaardigd.

3.7 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA)

3.7.1 Inleiding

Om massale werkloosheid en als gevolg daarvan een instabiele arbeidsmarkt te voorkomen, vaardigde de Duitse bezetter in 1940 een verbod van ontslag en werktijdverkortng uit. Met de wederopbouw in het vooruitzicht, verlengde de Nederlandse regering het decreet in de naoorlogse chaos in het BBA.⁵⁴⁶ De reikwijdte van het BBA is in de loop van de tijd voornamelijk door de rechtspraak bepaald.⁵⁴⁷ De hoeksteen van het BBA is het opzegverbod.⁵⁴⁸ De uitzonderingen hierop zijn voor de tendens-

⁵⁴⁴ Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 617. Bij het bespreken van de Awgb komt het toetsingskader uitgebreid aan de orde.

⁵⁴⁵ HR 20 oktober 1995, NJ 1996/330, JAR 1995/251 (Van Asseldonk, Stichting Vrouwen/Bisschop van 's-Hertogenbosch).

⁵⁴⁶ Besluit van 5 oktober 1945, Stb. 1945, F 214, als opvolger van het in het jaar daarvoor reeds door de regering in ballingschap in Londen uitgevaardigd Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1944 (Besluit van 17 juli 1944, Stb. E 52., houdende een eenzijdig ontslagverbod voor de werkgever, uitgebreid op 29 december 1944, Stb. E 157, tot een tweezijdig ontslagverbod).

⁵⁴⁷ Meijer & Kouwenhoven 2005, p. 655.

⁵⁴⁸ Met de zogeheten preventieve redelijkheidstoetsing van het ontslag is Nederland uniek in de westerse economieën. Jacobs 2000, p. 140.

instelling relevant. Het wijzigen, vervangen of afschaffen van het BBA staat reeds decennialang ter discussie.⁵⁴⁹

3.7.2 Opzegverbod

Een werkgever die op ontslag aanstuurt, kan twee kanten uit. De BBA-route voert langs het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen WERKbedrijf (UWV) (art. 6 lid 1 BBA). De tweede route voert langs de kantonrechter, die de arbeidsovereenkomst wegens in een verstoorde arbeidsrelatie gelegen gewichtige redenen kan ontbinden (art. 7:685 BW).⁵⁵⁰

Art. 6 lid 1 BBA verplicht werkgevers voorafgaande toestemming van het UWV te verkrijgen voor het opzeggen van de arbeidsverhouding.⁵⁵¹ Art. 3:1 Ontslagbesluit plaatst de beoordeling van het voorgenomen ontslag in het kader van de toetsing op redelijkheid.⁵⁵² De preventieve redelijkheidstoets kan uit bedrijfseconomische omstandigheden, of uit andere redenen bestaan. Daarvan zijn disfunctioneren van de werknemer, verwijtbaar handelen en een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding de voornaamste (art. 5.1 lid 1, 4 en 5 Ontslagbesluit). Toestemming is volgens art. 6 lid 2 BBA niet nodig wanneer de opzegging onverwijld geschiedt om een dringende reden, tijdens de proeftijd, of ten gevolge van faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.

Tegen een besluit van het UWV staat geen beroep open (art. 6 lid 10 BBA).⁵⁵³ Wel is het indienen van een klacht bij de Nationale ombudsman mogelijk (art. 12 Wet Nationale ombudsman). Verder kan de werknemer de opzegging door de rechter laten toetsen op grond van kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 BW). De rechter is niet gebonden aan het oordeel van het UWV.⁵⁵⁴

3.7.3 Uitzonderingen

Onderwijzend en docerend personeel

Ook in de fase waarin de wederopbouw van Nederland nog in de kinderschoenen stond, wist de regering oog voor de nuance te houden. Het BBA is niet op alle arbeidsverhoudingen van toepassing. Voor de tendensinstelling relevant zijn de uitzonderingen voor onderwijzend personeel en ten aanzien van het geestelijk ambt.

⁵⁴⁹ Zie ook: *Kamerstukken II*, 2009/10, 29 544, nr. 212, p. 2.

⁵⁵⁰ Veelal gaat het met summier onderzoek gepaard. Loonstra & Zondag 2010, p. 443.

⁵⁵¹ Het in art. 1 onder d BBA gedefinieerde begrip 'arbeidsverhouding' ziet op de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer. Werknemer in de zin van het BBA is behalve degene met wie een arbeidsovereenkomst is gesloten op grond van art. 7:610 BW ook degene die persoonlijk arbeid verricht voor een ander. Meijer & Kouwenhoven 2005, p. 654.

⁵⁵² Ministeriële regeling van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998, 238. Met de procedure is al gauw vier tot zes weken gemoeid. Zie ook: HR 16 november 2001, *JAR* 2001/258 (Redelijkheidstoets).

⁵⁵³ Wellicht kan de BBA-procedure de toets van art. 6 EVRM (Eerlijke procesgang) niet doorstaan. Zie voor een overzicht van mogelijke onverenigbaarheden met nationaal en internationaal recht: Massuger 1994.

⁵⁵⁴ Meijer & Kouwenhoven 2005, p. 667.

Art. 2 lid 1 onder b BBA zondert onderwijzend of docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, die onder beheer staan van een natuurlijk of rechtspersoon uit van het BBA. Achtergrond hiervan is het waarborgen van de vrijheid van onderwijs, zoals neergelegd in art. 23 GW. In een arrest over een ontslag van een lerares aan een talenpracticum oordeelt de Hoge Raad:⁵⁵⁵

‘Aangenomen moet worden dat bij het opnemen van deze bepaling mede de wens heeft voorgezeten het onderwijs – in ruime zin waarin deze term in art. 208 Gw (het huidige art. 23 GW, SdJ) wordt gebezigd – te ontzien, in dier voege dat de besluitgever met de in het BBA vervatte sociaal-economische maatregelen niet heeft willen raken aan de sfeer van het onderwijs.’

In de motivering van de Hoge Raad ligt de gedachte besloten dat de uitzonderingen van art. 2 BBA oorspronkelijk een ruimer doel dienden dan louter overwegingen van ontslagbescherming. In de ontwikkelingsgeschiedenis van het onderwijs heeft de vrijheid van onderwijs een belangrijke rol gespeeld.⁵⁵⁶ Opdrachtgevers moeten op eenvoudige wijze leerkrachten kunnen ontslaan om aan die vrijheid een juiste invulling te kunnen geven. Jurisprudentie wijst uit dat het begrip onderwijsinstelling ruime marges kent.⁵⁵⁷ Zo valt een rijkschool onder de uitzonderingsbepaling van art. 2 lid 1 onder b BBA. De wijde cirkel om de onderwijsinstelling gaat echter voorbij aan de reden waarom onderwijsinstellingen in het BBA een bijzondere positie is toegekend. Godsdienst of levensbeschouwing, vrijheid van onderwijs en rijlessen hebben weinig raakvlakken.⁵⁵⁸

Gedeeltelijk docerend of onderwijzend personeel, bijvoorbeeld een universitaire medewerker die voor slechts een derde van zijn werktijd met onderwijstaken is belast en de rest van zijn werktijd aan wetenschappelijk onderzoek besteedt, valt onder de uitzondering.⁵⁵⁹ Ook onderwijzend personeel dat niet onder een aparte rechtspositieregeling valt (met normaliter extra rechtsbescherming), valt buiten de regeling van het BBA. Het is niet noodzakelijk dat de betrokken werknemer uitsluitend of in hoofdzaak onderwijs geeft. Art. 2 lid 3 BBA voorziet in het niet van toepassing zijn van (onderdelen van) het BBA op de arbeidsverhouding van door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangewezen werknemers of groepen van werknemers, wanneer deze daartoe besluit. Dat is het geval voor niet-onderwijzend personeel dat tegen een besluit tot ontslag in beroep kan komen bij een commissie van beroep.⁵⁶⁰ Te denken valt aan onder meer conciërges en amanuenses.

Voor niet-onderwijzend personeel dat geen beroep bij een commissie van be-

555 HR 19 oktober 1979, NJ 1980/57 (Lerares talenpracticum).

556 Evenals de godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen in de arbeidsverhouding van een persoon die een geestelijk ambt bekleedt een specifiek en delicaat facet zijn die iedere rechtstreekse overheidsbemoeiing met die rechtsbetrekking in de weg staan, kan volgens Berger hetzelfde gelden voor de arbeidsverhouding van onderwijzend en docerend personeel werkzaam bij een instelling voor onderwijs. HR 19 oktober 1979, NJ 1980/57 (Lerares talenpracticum).

557 Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 2 mei 2007, RAR 2007/92 (Rij-instructeur) en Rb. Rotterdam 4 oktober 1974, NJ 1976/116 (Kappersacademie).

558 Zie ook: Zondag 2011, p. 42.

559 HR 20 maart 1992, NJ 1992/725 (Universitaire medewerker).

560 Regeling van 11 maart 2008, *Stcrt.* 2008, 53.

roep kan instellen, blijft het BBA van toepassing. Anders zou een leemte in de ontslagbescherming vallen. Het al dan niet bestaan van een beroepsmogelijkheid bij een commissie van beroep is derhalve bepalend voor de vraag of het BBA van toepassing is.⁵⁶¹

Geestelijk ambt

Art. 2 lid 1 onder c BBA zondert personen die een geestelijk ambt bekleden uit van de toepassing van het gehele BBA. Van beslissende betekenis is of de godsdienstvrijheid in het concrete geval meebrengt dat de arbeidsverhouding aan de werking van het BBA is onttrokken. Waar de grens ligt tussen een geestelijk ambt en een functie binnen een kerkgenootschap die niet als zodanig kan worden beschouwd, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Dit uitgangspunt valt af te leiden uit het zogenoemde imam-arrest, waarbij de vraag speelde of de functie imam als geestelijk ambt valt aan te merken.⁵⁶² Het lijkt aannemelijk dat kerkelijke functies die behalve een geestelijke component ook andersoortige activiteiten bevatten, zoals verrichten van maatschappelijk werk, eveneens onder de uitzondering vallen.⁵⁶³

Het is de vraag of met een beroep op het BBA de *volstrekte* onthouding van enige overheidsbemoeyenis met de arbeidsverhouding van geestelijke ambtsdragers valt te verdedigen. Bij de toepassing van het BBA gaat het in de eerste plaats om de bemoeyenis van een ambtelijke dienst (thans UWV WERKbedrijf) en niet om interventie van de burgerlijke rechter.⁵⁶⁴ In gedachten dient ook te worden gehouden dat het BBA vooral een instrument was om greep te houden op de arbeidsmarkt. Ten aanzien van het geestelijk ambt kan dit oogmerk moeilijk als bijster relevant gelden.

Er valt nog een andere aantekening bij de uitzondering van het BBA voor geestelijke ambtsdragers te plaatsen. De aanname dat een geestelijke zijn arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst verricht, heeft veld gewonnen.⁵⁶⁵ Regels van het kerkrecht beheersen in deze optiek de kerkrechtelijke verhouding; het arbeidsrecht gaat over de arbeidsverhouding.⁵⁶⁶ Daarbij kunnen verschillende accenten worden gelegd. Zo is Zondag van mening dat kerken en individuele voorgangers de vrijheid (moeten) hebben het arbeidsrecht 'bewust en expliciet' buiten toepassing te laten.⁵⁶⁷ Daartegenover toont Pel meer terughoudendheid. Hij benoemt de band tussen een gereformeerd predikant en zijn gemeente als een unieke relatie, een rechtsverhouding sui generis.⁵⁶⁸

561 Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 maart 2008, nr. AV/IR/2008/5981, houdende vaststelling van een nieuwe regeling op grond van art. 2 lid 3 BBA, *Stcrt.* 14 maart 2008, nr. 53, p. 16. Zie ook Meijer & Kouwenhoven 2008, p. 50.

562 HR 30 mei 1986, NJ 1986/702 (Imam/Islamitische Vereniging).

563 Zondag 2005, p. 41. Anders: Ktr. Amsterdam 14 december 1994, JAR 1995/10 (Sjocheet).

564 HR 17 juni 1994, NJ 1994/757 (Arbeidsovereenkomst imam).

565 Jansen & Loonstra 2005, p. 6.

566 Zondag 2004, p. 33.

567 Zondag 2004, p. 39.

568 Pel 2007, p. 77, 87. Zie bijvoorbeeld art. 5 lid 4 en 5 Kerkorde van de Protestantse Kerk in Nederland.

3.7.4 Conclusie

Ten aanzien van een zwaarwegend aspect van het arbeidsrecht, het ontslag, verkiest het BBA een terughoudende opstelling van de overheid in die gevallen waarin arbeid wordt verricht die tot de grondwettelijke vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van onderwijs kan worden herleid. De historische context, het treffen van sociaal-economische maatregelen, relateert deze uitzondering, maar laat tevens het achterliggende beginsel overeind.

Onderwijzend of docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen die onder beheer staan van een natuurlijk of rechtspersoon, zijn van de werking van het BBA uitgezonderd. Achtergrond hiervan is het waarborgen van de vrijheid van onderwijs (art. 2 lid 1 onder b BBA). Gelet op de ratio van de uitzonderingsbepaling zou deze tot instellingen van bijzonder onderwijs moeten zijn beperkt, maar in de praktijk wordt de cirkel zeer ruim getrokken. Ook personen die een geestelijk ambt uitoefenen, vallen niet onder het BBA. De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging is hiervoor de grond (art. 2 lid 1 onder c BBA).

3.8 Overige wetgeving

3.8.1 Inleiding

Deze paragraaf gaat in op enkele wetten die aandacht hebben voor de tendensinstelling, of ervoor van belang kunnen zijn, maar die niet overwegend op de positie als werkgever zijn gericht. Het gaat om de WAV, de Vw 2000, de WBP en het WStr.

3.8.2 Wet arbeid vreemdelingen (WAV)

De WAV reguleert onder meer het laten verrichten van arbeid door vreemdelingen in verband met het godsdienstige of levensbeschouwelijke karakter van de betreffende instelling.⁵⁶⁹ Kernbepaling van de WAV is de tewerkstellingsvergunning (tw-vergunning), zonder welke het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten, behoudens de uitzonderingen geregeld bij of krachtens de WAV (art. 2 lid 1 WAV). Onder het begrip arbeidsverhouding valt ook vrijwilligerswerk of het werk van de geestelijke voorganger die al dan niet een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht heeft (art. 1 onder b WAV).⁵⁷⁰ Religieuze instellingen moeten voor deze vreemdelingen derhalve over een tw-vergunning beschikken.

569 Wet van 21 december 1994, *Stb.* 1994, 959. De wet trad op 1 september 1995 in werking als opvolger van de Wet arbeid buitenlandse werknemers. De WAV moet de werkloosheid in Nederland helpen bestrijden door arbeid uit het buitenland te reguleren. Over de vier doelstellingen van de WAV: Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 749.

570 Als gevolg van dit ruime werkgeversbegrip kan een vreemdeling verder meerdere werkgevers in de zin van de WAV hebben, bijvoorbeeld wanneer een uitzendbureau een vreemdeling bij verscheidene bedrijven detachert.

Met het schrappen in 2007 van de arbeidsmarkttoets kan voor geestelijken uit landen van buiten de EU gemakkelijker een tw-vergunning worden verleend.⁵⁷¹ Kerken en andere religieuze genootschappen hoeven een vacature niet meer te melden bij het UWV. Ook hoeven ze niet eerst binnen de EU te zoeken voordat ze een kandidaat van daarbuiten mogen aanstellen. De specifieke levensbeschouwelijke aard van de werkzaamheden maakt het namelijk lastig na te gaan of in de EU geschikte kandidaten zijn. Getoetst wordt op de aanwezigheid van opleiding, kennis en/of ervaring.⁵⁷² Ook moeten de geestelijken van wezenlijk belang zijn voor de eredienst of het functioneren van een kerkgenootschap. Het gaat hierbij om geestelijk bedienaren die naar buiten treden met een religieuze of levensbeschouwelijke boodschap, zoals voorgangers en imams. Kloosterlingen met een religieuze levenswijze die volledig op het leven in de kloostergemeenschap is gericht en niet op (actieve) deelname aan de maatschappij, vallen niet onder de reikwijdte van het begrip geestelijk bedienaar.⁵⁷³

Een verdere versoepeling moet ertoe leiden dat ook voor andere functies dan geestelijk bedienaar kan worden afgezien van de verplichte vacaturemelding en de arbeidsmarkttoets. Het betreft werkzaamheden van bijkomende aard die noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de doelstelling van de religieuze instelling.⁵⁷⁴

Gebrek aan kennis bij de overheid over het reilen en zeilen in religieuze instellingen kan negatief doorwerken in de arbeidsverhoudingen. Ontwikkelingen met betrekking tot de WAV laten zien hoe de overheid, zonder het oogmerk van de betreffende wetgeving uit het oog te hoeven verliezen, rekening kan houden met de wensen van de religieuze instelling.⁵⁷⁵

571 Het gaat om een aanpassing van het Delegatie- en uitvoeringsbesluit Wet arbeid vreemdelingen. Deze nieuwe regeling is op 22 juli 2007 in werking getreden. Paragraaf 19a Uitvoeringsregels WAV, *Stcrt* 2007, nr. 138. Zie ook: *Handelingen II*, 2006/07, 2692, vragen van het Tweede Kamerlid Teeven (VVD) aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Justitie over het ruimhartiger verlenen van werkvergunningen voor buitenlandse geestelijken, ingezonden 23 juli 2007, p. 5701. Zie verder: *Toelating en verblijf voor religieuze doeleinden* 2005. *Kamerstukken II*, 2005/06, 19 637, nr. 1051. Het afschaffen van de vacaturemelding en arbeidsmarkttoets voor geestelijk voorgangers heeft overigens niet tot een substantiële toename van het aantal tw-vergunningen voor imams geleid. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 144, nr. 1, p. 5, 6.

572 *Kamerstukken II*, 2005/06, 19 637, nr. 1051, p. 5. Zondag is voorstander van een regeling sui generis die bij de bijzondere status van deze vreemdelingen past en de (religieuze) aard van de door hen te verrichten werkzaamheden. Zondag 2005, p. 57.

573 De praktische betekenis van de versoepeling blijkt uit een Kamervraag naar aanleiding van de weigering van een tw-vergunning voor een Zuid-Afrikaanse predikant. *Nederlands Dagblad* 12 mei 2007, 'Kandidaat krijgt geen arbeidsvergunning'. Kamervragen van het Tweede Kamerlid Van der Vlies naar aanleiding van de brief van de staatssecretaris van Justitie van 11 juni 2007 inzake toelating en verblijf voor religieuze doeleinden (*Kamerstukken II*, 19 637, nr. 1159). *Kamerstukken II*, 2006-07, 19 637, nr. 1172, p. 9. Zie ook: *Handelingen II*, 2006/07, 2692, vragen van het Tweede Kamerlid Teeven (VVD) aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Justitie over het ruimhartiger verlenen van werkvergunningen voor buitenlandse geestelijken, ingezonden 23 juli 2007, p. 5701.

574 De voorgenomen herziening van de WAV staat in het licht van de blauwdruk van een beleidskader dat een ingrijpende modernisering van het reguliere toelatingsbeleid beoogt. Ook ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en vragen over de uitvoering en handhaving van de WAV maken herziening wenselijk. *Kamerstukken II*, 2007/08, 30 573, nr. 10, p. 1. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 144, nr. 1, p. 2, 6 en 7.

575 Zo zijn de Immigratie- en naturalisatiedienst (IND) en het UWV in het voorjaar van 2010 begonnen met een proef voor het zonder tw-vergunning toelaten van vreemdelingen voor verblijf bij erkende godsdienstige of levensbeschouwelijke instellingen. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 770.

3.8.3 Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000)

De Vw 2000 richt zich, als het ware als het spiegelbeeld van de WAV, op de werknemer. Een vreemdeling krijgt toegang tot Nederland als diens aanwezigheid een wezenlijk Nederlands belang dient (art. 13 onder b Vreemdelingenwet 2000).⁵⁷⁶ Dat kan het geval zijn als de aanwezigheid van de vreemdeling het belang van een religieuze instelling dient. Aan de geestelijk bedienaar worden eisen van inburgering gesteld (art. 1 onder g en art. 3 lid 1 onder b Wet inburgering).⁵⁷⁷

Er geldt één regeling voor de toelating en het verblijf van buitenlanders die vanwege religieuze doeleinden in Nederland zijn. Uitgezonderd daarvan zijn geestelijk bedienaren zoals kloosterlingen die vooral binnen de muren van de instelling werken en die hun godsdienstige of levensbeschouwelijke visie niet naar anderen uitdragen. Een vreemdeling die is toegelaten omdat zijn verblijf het belang van een religieuze instelling en daarmee een Nederlands belang dient, verliest die status als hij Nederland tot last wordt door een beroep te doen op de bijstand (art. 3.91 Vreemdelingenbesluit 2000).⁵⁷⁸

Voor alle vormen van verblijf op religieuze gronden is mogelijk dat de vreemdeling na vijf jaar verblijf voor bepaalde tijd in aanmerking komt voor een vergunning voor onbepaalde tijd.⁵⁷⁹

3.8.4 Wet bescherming persoonsgegevens (WBP)

De WBP is een kaderwet die regels geeft voor een zorgvuldige omgang met persoonsgegevens.⁵⁸⁰ De wet geeft aan wat de rechten zijn van iemand van wie persoonsgegevens worden gebruikt en wat de plichten zijn van de instanties of bedrijven die de gegevens gebruiken. Het College bescherming persoonsgegevens (CBP) ziet op naleving van de WBP toe (art. 51-61 WBP).⁵⁸¹ Evenals uit de WAV spreekt uit de WBP expliciet de erkenning van de bijzondere positie van de tendensinstelling.

De bepalingen van de WBP schrijven een belangenafweging voor bij het verwerken van persoonsgegevens.⁵⁸² Voor het verwerken van bijzondere persoonsge-

576 Wet van 23 november 2000, *Stb.* 495. De Vw trad op 1 april 2001 in werking. Te noemen vallen het directe religieuze belang en onder andere zaken als zorg voor de zwakkeren in de samenleving en de instandhouding van cultureel erfgoed.

577 Wet van 30 november 2006, houdende regels inzake inburgering in de Nederlandse samenleving (Wet inburgering). *Stb.* 2006, 625.

578 Het financiële risico van deze 'last' ligt bij de uitnodigende instelling. Een beroep op de bijstand kan tot gevolg hebben dat de verblijfsvergunning wordt ingetrokken. Hendrickx & De Lange 2004, p. 15.

579 Buitenlandse religieuzen die vanwege studiedoeleinden in Nederland vertoeven, zijn echter op een tijdelijke verblijfsvergunning aangewezen (art. 3.4 lid 1 onder n en 3.41 Vb 2000). *Kamerstukken II*, 2005/06, 19 637, nr. 1051, p. 8.

580 Wet van 6 juli 2000, *Stb.* 2000, 302. De wet is op 1 september 2001 in werking getreden. De WBP geeft uitvoering aan art. 10 lid 2 en 3 GW en Richtlijn 95/46/EG van 23 november 1995.

581 Zie over de naam: *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 892, nr. 6, p. 21.

582 Tweede Kamerlid Halsema (GroenLinks) uitte zich bij de parlementaire behandeling kritisch over de systematiek: 'De regering heeft een uitgebreide, zeer ingewikkelde en lastig te doorgronden wet geproduceerd die zich naar ons idee niet altijd even goed verhoudt tot de gekoesterde ambitie van transparantie.' In die zin ook Rietkerk (CDA): 'Het is qua systematiek wel erg gecompliceerd gemaakt.' *Handelingen II*, 1998/99, 25 892, nr. 8, p. 6, 7. Koevoets 2006, p. 29, 30. *Kamerstukken I*, 1999/00, 25 892, nr. 92c, p. 90.

gevens geldt een verbod van gegevensverwerking buiten de wettelijk omschreven situaties.⁵⁸³ Met name het kerkgenootschap kan belang hebben bij het verwerken van bijzondere persoonsgegevens. Denk bijvoorbeeld aan kerkelijke ledenadministraties. De hoofdregel is echter een verbod op het verwerken van persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven en het lidmaatschap van een vakvereniging (art. 16 WBP).

Art. 23 WBP voorziet in een aantal uitzonderingen op het verwerkingsverbod.⁵⁸⁴ Meer specifiek omschreven limitatieve uitzonderingen op het verwerkingsverbod zijn te vinden in art. 17-22 WBP. Voor de tendensinstelling van belang is art. 17 lid 1 onder a WBP, dat kerkgenootschappen, zelfstandige onderdelen daarvan of andere genootschappen op geestelijke grondslag ontheffing geeft van het verbod persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging te verwerken. Art. 17 lid 2 WBP voorziet in een ontheffing voor het verwerken van persoonsgegevens van gezinsleden. Art. 17 lid 1 onder b WBP geeft instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag ontheffing van het verbod, voor zover dit gelet op het doel van de instelling en voor de verwezenlijking van haar grondslag noodzakelijk is. Art. 19 lid 1 onder a WBP voorziet in een uitzondering voor politieke instellingen.⁵⁸⁵

3.8.5 Wetboek van Strafrecht (WSr)

Het strafrecht geeft de uiterste begrenzing aan voor de mogelijkheden om de identiteit te verwezenlijken.⁵⁸⁶

Art. 429 quater WSr verbiedt het discrimineren van personen wegens ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf. De verboden gedraging is een overtreding. De wettelijke omschrijving van discriminatie is te vinden in art. 90 quater WSr.

Art. 137 WSr ziet op de bescherming van een groep mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging, hetero- of homoseksuele gerichtheid, of lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap. Art. 137c lid 1 WSr stelt strafbaar het in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaten. Art. 137d lid 1 WSr ziet op het aanzetten tot haat. Art. 137e lid 1 WSr betreft het openbaar maken van uitlatingen, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving. Art. 137f lid 1 WSr verklaart deelname aan, of het verlenen van geldelijke of andere stoffelijke steun aan activiteiten gericht op discriminatie strafbaar. De verboden gedragingen betreffen een misdrijf.

⁵⁸³ Art. 16 WBP is in wezen een herhaling van het verbod van art. 8 lid 1 EVRM, zoals ook verwoord in art. 10 GW.

⁵⁸⁴ *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 892, nr. 6, p. 18.

⁵⁸⁵ De WBP zoekt bij de uitzonderingsbepaling voor het verwerken van persoonsgegevens door politieke instellingen aansluiting bij de Awgb. *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 892, nr. 6, p. 36.

⁵⁸⁶ HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388 (m.n. Alkema), *AB* 2010/190 (m.n. Van Ommeren) (Clara Wichmann/SGP III). ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008/35 (Subsidiëring SGP II).

3.8.6 Conclusie

Behalve in de Awgb, de WGB m/v en het BBA is in verschillende wetten gerichte aandacht te vinden voor de tendensinstelling. Het betreft de WAV, de Vw 2000, de WBP en de strafrechtelijke begrenzing van het WStr.

Bij het wikken en wegen over de criteria voor de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden heeft de regering erkenning uitgesproken over de bijzondere betekenis van religieus gefundeerd organisatievermogen. De tendensinstelling kan een brugfunctie vervullen tussen de geloofsgemeenschap en de samenleving. Uit de (voorgenomen) aanpassingen van de WAV en de Vw 2000 spreekt, vanuit de optiek van het integratiedebat, een erkenning van de in potentie positieve rol van religie voor groepen in de samenleving. Hiervoor is wettelijke facilitering geboden.

Voor geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens biedt de WBP een kader dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet waarborgen. De relevantie voor de tendensinstelling ligt in de wettelijke uitzonderingsbepalingen met betrekking tot het verwerken van bijzondere persoonsgegevens. Zo hebben kerkgenootschappen een ledenadministratie nodig op basis van geloofsovertuiging. Met het opnemen van een specifieke regeling voor onderscheiden typen tendensinstellingen, onderkent de wetgever hun bijzondere positie.

Een samenhangende benadering van het begrip tendensinstelling ontbreekt in de besproken wetten. Evenmin zijn criteria voorhanden voor het vaststellen in welke gevallen de tendensinstelling gerichte aandacht behoeft. Een uniforme benadering van het begrip tendensinstelling is wenselijk, zodat bij het tot stand komen van wetten en regelgeving in voorkomende gevallen een gerichte afweging kan plaatsvinden over de wenselijkheid van het opnemen van uitzonderingsbepalingen.



Hoofdstuk 4

Arbeidsverhouding

4.1 Inleiding

Na de conceptuele onderbouwing van de tendensinstelling in Hoofdstuk 2 liet Hoofdstuk 3 de verkenning van het rechtskader zien. Hoofdstuk 4 gaat in op de mogelijkheid identiteit in de individuele arbeidsovereenkomst vorm te geven. Paragraaf 4.2 gaat in op de toepasbaarheid van het arbeidsrecht op de drie onderscheiden typen tendensinstellingen. Paragraaf 4.3 bespreekt de aanvang van de arbeidsverhouding, onder te verdelen in drie deelfasen: werving, selectie en aanstelling. Paragraaf 4.4 behandelt het instructierecht en arbeidsvoorwaarden als instrumenten voor de werkgever om identiteit vorm te geven tijdens de duur van de arbeidsverhouding. Specifiek wordt ingegaan op identiteit en primaire arbeidsvoorwaarden, tijd en geld. Paragraaf 4.5 vervolgt de duur van de arbeidsrelatie met verschillende typen gedrag op het werk. Het accent ligt hierbij op voorschriften van de werkgever. Paragraaf 4.6 bespreekt het einde van de arbeidsverhouding.

4.2 Typen tendensinstellingen

4.2.1 Inleiding

De toepasselijkheid van het arbeidsrecht betreft in de eerste plaats het kerkgenootschap, de lichamen waarin het kerkgenootschap is verenigd en de zelfstandige onderdelen van het kerkgenootschap.⁵⁸⁷ Ook het geestelijk ambt komt aan bod. Ten tweede betreft het de overige tendensinstellingen, te weten de instelling van bijzonder onderwijs en de onbenoemde tendensinstelling. In die gevallen waarin van een verschil in rechtspositie in de arbeidsverhouding sprake is, zal bij de bespreking van de fasen van de arbeidsovereenkomst op de verschillende typen worden teruggegrepen.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Daar waar de term kerkgenootschap (of kerk) wordt gebruikt, omvat deze ook de lichamen waarin het kerkgenootschap is verenigd en de zelfstandige onderdelen ervan, tenzij anders is aangegeven.

⁵⁸⁸ Daar waar op alle typen tendensinstellingen wordt gedoeld, wordt van tendensinstelling gesproken.

4.2.2 Kerkgenootschap

Interne rechtsverhouding

Het kerkgenootschap bezit een bijzondere status. Dit type tendensinstelling wordt door het eigen statuut geregeerd, voor zover dat niet in strijd is met de wet (art. 2:2 lid 2 BW). In de hoedanigheid van werkgever zijn dwingendrechtelijke bepalingen van arbeidsrecht op het kerkgenootschap van toepassing.

Functies in de interne rechtsverhouding gelden als kerkelijke functie. Voor de interne rechtsverhouding vallen het kerkgenootschap en andere genootschappen op geestelijke grondslag niet onder de Awgb (art. 3 onder a Awgb). Het als intern aanmerken van de rechtsverhouding hangt van de concrete omstandigheden af. Het ligt voor de hand de uitzondering in het licht van de doelstelling ervan te interpreteren, te weten onder meer de scheiding van kerk en staat.⁵⁸⁹ Naarmate een activiteit minder verband houdt met godsdienst, is er minder reden voor de aanname dat van een interne rechtsverhouding en daarmee van een kerkelijke functie sprake is. De totstandkoming van de Awgb laat zien dat in ieder geval per categorie, maar nog eerder per functie een afweging moet worden gemaakt.⁵⁹⁰

De CGB oordeelt dat het handelen van de rooms-katholieke Bisschoppenconferentie met betrekking tot arbeidsvoorwaarden, onder meer inzake een pensioenvoorziening van de priesters, diakens en pastoraal werkers, vanuit het perspectief van een rechtsverhouding binnen een kerkgenootschap moet worden gezien.⁵⁹¹ Maar het Pensioenfonds van de Nederlandse Bisdommen is volgens de uitleg van de CGB geen zelfstandig onderdeel, zodat de uitzondering van art. 3 Awgb hierop niet van toepassing is.⁵⁹² Voor de beoordeling van de vraag of van een zelfstandig onderdeel sprake is, verricht de CGB hierbij een als diepgaand aan te merken inhoudelijke toetsing. De vraag kan worden gesteld of een kerkgenootschap niet meer ruimte zou moeten toekomen te bepalen wanneer van een zelfstandig onderdeel sprake is.⁵⁹³ Al met al speelt art. 3 Awgb in de CGB-oordelen een bescheiden rol.⁵⁹⁴

Geestelijk ambt

Het geestelijk ambt is een verbijzondering van de kerkelijke functie. Een juridisch sluitende definitie ontbreekt. Op het geestelijk ambt is de Awgb niet van toepassing (art. 3 Awgb, art. 5 lid 3 onder a WGB m/v). Het gaat met name om de toelating

⁵⁸⁹ Heringa 1994, p. 58.

⁵⁹⁰ *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76. De wijziging van de Awgb ter implementatie van enkele Europese richtlijnen laten herhaling zien van de eerdere discussie. *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, A, p. 11. *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 11. Voor Heringa valt een rechtsverhouding met een organist eigenlijk al niet meer als geestelijk ambt aan te merken. Heringa 1994, p. 58.

⁵⁹¹ CGB 13 augustus 2002, 2002-112 (Interne rechtsverhouding Bisschoppenconferentie).

⁵⁹² CGB 13 augustus 2002, 2002-113 (Pensioenfonds Nederlandse Bisdommen).

⁵⁹³ Zie paragraaf 2.6.2.

⁵⁹⁴ Hertogh & Zootjes 2006, p. 223-226.

tot het geestelijk ambt en de opleiding daartoe.⁵⁹⁵ De BBA-procedure is evenmin op het geestelijk ambt van toepassing (art. 2 lid 1 onder c BBA). Twee vragen zijn hierbij van belang. Wat valt onder het geestelijk ambt en wanneer is sprake van een arbeidsovereenkomst?

De rechtsvorming over de status van de imam laat zien hoe gecompliceerd de afweging kan zijn. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad richting aan de discussie gegeven. Het zogenoemde imam-arrest stelt voor de interpretatie van het begrip geestelijk ambt als bedoeld in het BBA vast dat de imam arbeidsrechtelijk op één lijn moet worden gesteld met de predikant, de pastoor en de rabbi, namelijk als 'bekleder van een geestelijk ambt'.⁵⁹⁶ De Hoge Raad volgt in dit arrest het resultaat van een feitenonderzoek door de rechtbank Den Bosch waaruit naar voren was gekomen dat de inhoud van de taken van een imam in grote lijnen met die van de kerkelijke geestelijken overeenkomt.⁵⁹⁷

Het is aan het kerkgenootschap duidelijkheid te verschaffen over het rechtskarakter van de rechtsverhouding tussen het kerkgenootschap en de bedienaar van het geestelijk ambt. Er kan van een sui generis-karakter sprake zijn. Als alternatief voor de overeenkomst van eigen aard kan de rechtsbetrekking ook als arbeidsverhouding worden aangeduid.⁵⁹⁸ Wanneer statuten of andere regelingen geen uitsluitel bieden, kunnen de criteria van art. 7:610 BW uitkomst geven.⁵⁹⁹ Hoe verder de functie van het traditionele geestelijke ambt afstaat, hoe minder bezwaren er zijn om de normen uit het burgerlijke arbeidsrecht op de rechtsverhouding in kwestie toe te passen.⁶⁰⁰

Naar aanleiding van jurisprudentie van de Hoge Raad in een reeks procedures over de kwalificatie van de arbeidsverhouding, hebben Jansen en Loonstra een beoordelingsmodel ontwikkeld.⁶⁰¹ Pel voegt aan het model een voorvraag toe, om te garanderen dat voldoende gewicht wordt toegekend aan het uitgangspunt dat een kerkgenootschap door haar eigen statuut wordt geregeerd.⁶⁰² De vraag naar de toepasselijkheid van het arbeidsrecht in een kerkelijk geschil kan aan de hand van een vierstappenplan worden beantwoord. Ten eerste moet worden vastgesteld of er een kerkelijk statuut voorhanden is dat in een eigen interne kerkelijke rechtspositieregeling voorziet. Wanneer dat het geval is, zijn daarin drie situaties mogelijk: de keuze voor de eigen rechtspositie sui generis, de keuze voor het burgerlijke arbeidsrecht, of een onduidelijke regeling. Ten tweede dient bij een keuze voor het burgerlijke arbeidsrecht of een onduidelijke regeling te worden beoordeeld of de betrokken partijen zich jegens elkaar hebben verbonden. Als dat niet het geval is, is er in het geheel geen overeenkomst. Ten derde moet, indien partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, de vraag worden gesteld en beantwoord wat partijen zich

595 *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 3, 4. HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996/330, *JAR* 1995/251 (Van Asseldonk, Stichting Vrouwen/Bisschop van 's-Hertogenbosch).

596 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/702 (Imam/Islamitische Vereniging).

597 Ontleend aan Shadid & van Koningsveld 1999, p. 55-77. Het imam-arrest komt terug bij bespreking van het onderdeel uitstroom.

598 Rb. Rotterdam 2 september 2008, *RAR* 2008/167, *JAR* 2008/265 (Rechtsverhouding congregatie en broeder).

599 Uitgebreid hierover: Van der Ploeg 2004, p. 159-174 en Zondag 2004, p. 29-39.

600 Jacobs 1991, p. 97.

601 Jansen & Loonstra 2005.

602 Pel 2007, p. 66, 79.

voor ogen hebben gesteld bij het sluiten van de overeenkomst van werk. Ten vierde dient op basis van de vastgestelde partijbedoeling te worden beoordeeld hoe partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven alsmede of aan de hand daarvan kan worden geconcludeerd dat aan de voorwaarden van art. 7:610 BW is voldaan.

Ten aanzien van de vraag of in een interne kerkelijke rechtspositieregeling is voorzien, merkt Oldenhuis op dat kerkgenootschappen naar zijn indruk de vrijheid hun eigen statuut uit te werken, nog onvoldoende benutten.⁶⁰³ Een kerkgenootschap dat een doordachte regeling heeft met betrekking tot de rechtspositie van de predikant en rekening houdt met het eigene van het ambt, is de Protestantse Kerk in Nederland (PKN). In de PKN heeft een predikant een eigen ambtelijke verantwoordelijkheid, die in geestelijke vrijheid moet kunnen worden uitgeoefend. Dat uitgangspunt, gecombineerd met de kerkelijke organisatiestructuur, is reden de rechtsverhouding tussen de predikant en de gemeente of de kerk niet met toepassing van het civiele arbeidsrecht, maar op eigen wijze te regelen.⁶⁰⁴

Slepende juridische procedures tussen een tweetal christelijk-gereformeerde predikanten en de Christelijke Gereformeerde Kerk (CGK) met onder meer een diepgaand verschil van inzicht over de onderlinge rechtsverhouding als inzet, accentueren de noodzaak van een doordachte en tijdige keuze, zoals benoemd. In de zaak van ds. Kruis tegen de Christelijke Gereformeerde Kerk van 's-Hertogenbosch stelt de rechtbank 's-Hertogenbosch dat de beginselen van vrijheid van godsdienst en scheiding van kerk en staat met zich brengen dat uiterste terughoudendheid is geboden bij het toepasselijk verklaren van regelingen van materieel burgerlijk recht op de rechtsverhouding tussen de verschillende organen en onderdelen van een kerkgenootschap. Volgens de Hoge Raad geeft dit uitgangspunt geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁶⁰⁵ De rechtbank kon in deze procedure tot het oordeel komen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Ook in de zaak van ds. De Boer tegen de CGK van Zeewolde is geen schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen predikant en kerk voorhanden. In een uitvoerige toetsing aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval concludeert de kantonrechter Zwolle-Lelystad toch dat ten aanzien van de verhouding tussen De Boer en de kerk aan de elementen van art. 7:610 is voldaan.⁶⁰⁶ Zou blijken dat het toepassen van de regels van titel 7.10 BW een of meer fundamentele regels van de CGK volledig ondermijnt, dan kan in die omstandigheid aanleiding worden gevonden te concluderen dat partijen kennelijk niet hebben beoogd een arbeidsovereenkomst te sluiten. Een dergelijke strijdigheid is de kantonrechter in deze zaak niet gebleken.

603 Oldenhuis 1994, p. 310. Oldenhuis & Santing-Wubs 2010.

604 Willemze 2007, p. 94, 97. Een uitgebreide regeling is te vinden in ord. 3 Kerkorde PKN.

605 Rb. 's-Hertogenbosch 12 mei 1989, (niet gepubl.) rolnr. 1649/87, zoals geciteerd in: HR 14 juni 1991, NJ 1992/173 (Kruis/CGK Den Bosch).

606 Ktr. Zwolle-Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005/58 (Zeewolde II). Zie ook: Rb. Zwolle (vz.) 1 februari 2002, LJN: AD8785 (Zeewolde I). Het Hof Arnhem laat zich in hoger beroep niet uit over de vraag of van een arbeidsovereenkomst sprake is. Hof Arnhem 24 juni 2008, LJN: BF3815 (Zeewolde III). Hof Arnhem 19 januari 2010 LJN: BL0003 (Zeewolde IV).

4.2.3 Overige tendensinstellingen

Instelling van bijzonder onderwijs

Een werknemer in het bijzonder onderwijs is op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht met het schoolbestuur werkzaam. Titel 7.10 BW is derhalve integraal op de rechtsverhouding tussen het schoolbestuur en de werknemers van toepassing. Daarnaast is op de arbeidsovereenkomst het algemene verbintenissen- en rechtshandelingenrecht van toepassing, voor zover het bijzondere karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht zich daar niet tegen verzet.⁶⁰⁷ Daarentegen is de BBA-procedure niet op de opzegging van de arbeidsverhouding van toepassing (art. 2 lid 1 onder b BBA).

Een instelling van bijzonder onderwijs mag bij het vervullen van de functie eisen stellen die bijdragen tot verwezenlijking van de grondslag (art. 5 lid 2 onder c Awgb). In deze formulering ligt de mogelijkheid besloten eisen te stellen die betrekking hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeien uit de vervulling van de functie binnen de instelling, maar daarvoor wel van belang kunnen zijn. Onderscheid met betrekking tot de verbodsgronden van de Awgb is slechts denkbaar in combinatie met andere gedragingen.⁶⁰⁸ Daarmee legt de Awgb voor de instelling van bijzonder onderwijs de marge in theorie iets ruimer dan voor de onbenoemde tendensinstelling.

Onbenoemde tendensinstelling

Op de onbenoemde tendensinstelling is het arbeidsrecht integraal van toepassing. Zoals bij de bespreking van de arbeidsverhouding zal blijken, is de betekenis van identiteit voor het vervullen van de functie een uiterst betekenisvol criterium bij het inkleuren van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer.

Een onbenoemde tendensinstelling mag eisen stellen aan werknemers die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie (art. 5 lid 2 onder a en b Awgb). Een zwaarwegend verschil met het kerkgenootschap is het ontbreken van een uitzonderingsclausule voor de interne rechtsverhouding. Het vaststellen van het doel van de instelling, evenals de betekenis ervan voor het stellen van bepaalde eisen aan een functie, ligt primair bij de instelling zelf. Bij de beoordeling in rechte wordt deze afweging niet opnieuw gemaakt, maar is rechtens relevant of de werkgever in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals deze heeft gedaan.⁶⁰⁹

4.2.4 Conclusie

Voor alle drie typen tendensinstellingen gelden de dwingendrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht. Op het geestelijk ambt en op docenten bij onderwijsinrichtingen is de BBA-procedure niet van toepassing.

⁶⁰⁷ Ko 2007, p. 5.

⁶⁰⁸ Zie paragraaf 3.5.5 voor de bespreking van de enkele-feitconstructie.

⁶⁰⁹ *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 18. *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 51.

Voor het regelen van de interne rechtsverhouding komt het kerkgenootschap een grote vrijheid toe. Het geestelijk ambt, een verbijzondering van de kerkelijke functie, kan onder het arbeidsrecht vallen. Betrokken partijen dienen van meet af aan over en weer duidelijkheid over de aard van de functie en de gewenste rechtsverhouding te scheppen en deze kenbaar vast te leggen.⁶¹⁰

In de praktijk van de arbeidsovereenkomst geeft de Awgb voor de tendensinstelling wezenlijke kaders aan. De Awgb is niet op interne rechtsverhoudingen binnen het kerkgenootschap en op het geestelijk ambt van toepassing, maar wel op de instelling van bijzonder onderwijs en op de onbenoemde tendensinstelling.

4.3 Instroom

4.3.1 Inleiding

Aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst gaat de precontractuele fase vooraf. De instroom kan in werving, selectie en het aangaan van de arbeidsovereenkomst worden onderverdeeld.⁶¹¹ De werving betreft het kenbaar maken van een vacature waarop een sollicitatie mogelijk is. Bij de selectie valt de keuze op een geschikte kandidaat voor de betreffende functie. Het aangaan van de arbeidsovereenkomst ziet op de afronding, waarbij zaken als het bereiken van overeenstemming over de arbeidsvoorwaarden en het tekenen van het arbeidscontract worden geregeld.⁶¹² In deze drie deelfasen kan de tendensinstelling zich ervan vergewissen dat de kandidaat bij de identiteit past.

4.3.2 Werving

Functie-eis en identiteit

Het bij de werving duidelijk vastleggen van de functie, functie-eisen en arbeidsvoorwaarden legt de basis voor een juiste selectie en aanstelling.⁶¹³ Een reeks personeelsadvertenties laat zien dat de tendensinstelling het van wezenlijk belang acht de identiteit in de breedte van de arbeidsorganisatie te laten dragen.⁶¹⁴ De onbenoemde tendensinstelling mag eisen stellen die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van de functie. De instelling van bijzonder onderwijs mag

610 Zie bijvoorbeeld over de kerkmusicus en de koster: ord. 5, art. 6 en 7 Kerkorde PKN.

611 Zondag 2008, p. 73. In engere zin wordt de selectie ook wel 'de sollicitatie' genoemd.

612 Tot aan het moment van de aanstelling zijn de sollicitant en de mogelijke werkgever gehouden aan de verplichtingen die uit het algemeen vermogensrecht voortvloeien. De rechtsvorming over de precontractuele periode bestaat met name uit een lange reeks jurisprudentie. Heerma van Voss 2005, p. 55.

613 Kötter 2010, p. 51.

614 Het *Reformatisch Dagblad*, met name de zaterdageditie, biedt veel voorbeelden. Zie onder meer een pagina-grote advertentie van deze tendensinstelling zelf in *Reformatisch Dagblad* zaterdag 10 september 2005.

over de vervulling van de functie eisen stellen die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag. Deze eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van een van de wettelijke verbodsgronden (art. 5 lid 2 onder a en c Awgb).⁶¹⁵ Bij de beoordeling of sprake is van ongeoorloofd onderscheid gaat het (mede) om de uiting, zoals de betrokkene deze kan en mag opvatten.⁶¹⁶ Op de interne rechtsverhouding van het kerkgenootschap en het geestelijk ambt is de Awgb niet van toepassing (art. 3 onder a en b Awgb).

Aspecten van identiteit mogen derhalve niet tot een schifting van kandidaten leiden op grond van kenmerken die niet relevant zijn voor de vervulling van de functie.⁶¹⁷ Er mag niet worden volstaan met het formuleren van een algemene, ongerichte functie-eis die, voorafgaand aan de zinsnede over de arbeidsvoorwaarden, als standaard eis bij iedere personeelsadvertentie staat opgenomen. Het risico dat een algemene identiteitseis al snel met het beginsel van gelijke behandeling in strijd kan komen, strookt met de in Hoofdstuk 3 opgemerkte sterke accentuering van functies door de CGB.

De tendensinstelling mag een functie ook niet zomaar aanmerken als een te vervullen taak binnen het geheel van een bepaalde werkkring, waardoor de identiteit automatisch in de functie zou doorwerken. Hoewel de werkzaamheden van bijvoorbeeld een tuinman binnen een organisatorisch werkverband zijn ingebed waarin het functioneren slechts in theorie van de identiteit van de instelling kan worden gescheiden, valt sterk te betwijfelen of dit bij de werving voldoende aanknopingspunten voor het stellen van ongerichte identiteitseisen aan de betreffende tuinman biedt.⁶¹⁸ Voor Castermans ligt het helder:⁶¹⁹

‘Een receptioniste kun je nog zien als een vooruitgeschoven post. Bij een tuinman ligt dat subtieler. Het is niet op voorhand te zeggen dat een reformatorische identiteit noodzakelijk is als functie-eis. Of de tuin moet een bepaalde symboolfunctie hebben en als verbeelding van de schepping dienen.’

De overweging dat de tendensinstelling aan de tuin als verbeelding van de schepping een symboolfunctie toekent, is voor een ‘gewone’ tuin een nogal gezochte redenering om tot functiegerelateerde identiteitseisen te komen. De overweging dat de tuinman deel uitmaakt van een samenhangende arbeidsorganisatie waaraan ook zijn functioneren als werknemer bijdraagt aan het integraal vormgeven van de identiteit, biedt een vruchtbaarder bodem voor een benadering waarin de samenhang en wisselwerking tussen identiteit en functie gemotiveerd worden benoemd.⁶²⁰

615 Zie ook: Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 213.

616 Hof Amsterdam 18 maart 1993, *JAR* 1993/193 (Hoogcarspel/SBK).

617 Castermans & Terlouw 2005, p. 67.

618 Bij de parlementaire behandeling van de Awgb werd opgemerkt dat er instellingen en functies zijn waarvoor een grote persoonlijke betrokkenheid in godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke zin van groot belang wordt geacht. Het zou irrealistisch zijn en in strijd met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging wanneer terzake geen eisen meer zouden kunnen worden gesteld. *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 50.

619 *Reformatorisch Dagblad* 21 juni 2005, ‘Verenigingen hebben niet alle vrijheid’.

620 Een mooi voorbeeld van een weging van argumenten waarin de context van de organisatie een grote rol speelt bij het duiden van de identiteit, is EHRM 18 maart 2011, 30814/06 (Lautsi/Italië 2).

Bij onderscheiden functies als die van tuinman en journalist is goed denkbaar dat verschillende identiteitseisen van toepassing zijn. In het geval van de journalist zullen deze zwaarder wegen dan voor de tuinman. Lastiger wordt het wanneer functies minder ver uit elkaar liggen, laat staan wanneer het verschil wel heel subtiel wordt. Te denken valt aan de identiteitseisen voor een leraar wiskunde en voor een leraar maatschappijleer. Verdedigbaar is dat de school een hecht team nastreeft, waardoor de identiteitseisen voor iedere leerkracht gelijk luiden. Een school kan immers werken met het concept van een team dat een algemene pedagogische opdracht heeft. Voor de leraar wiskunde kan in dat concept net zozeer sprake zijn van een pedagogische opdracht als voor de collega die maatschappijleer geeft. De identiteitseis kan in dit geval worden gekoppeld aan een functie-eis dat een leraar wiskunde slechts goed kan functioneren binnen een team waaraan een algemene pedagogische opdracht is toegekend.

Het niet mogen stellen van ongerichte functie-eisen waarin de identiteit van de instelling automatisch in de functie doorklinkt, betekent derhalve allermindst dat identiteitseisen alleen voor enkele, zeer specifieke functies van toepassing zijn. Wanneer een tendensinstelling het van belang acht dat de identiteit in alle functies doorwerkt, zal wel klip-en-klaar duidelijk moeten zijn wat de betekenis van de eis is voor de functies afzonderlijk.

Een bekende casus voor de fase van de werving is de medewerker keuken bij het Leger des Heils.⁶²¹ De CGB is van mening dat op grond van de mate waarin en de wijze waarop deze onbenoemde tendensinstelling óók de medewerker keuken op het uitdragen van de identiteit aanspreekt, sprake is van een objectiveerbare relatie tussen het doel van de wederpartij en de functie-eis van een christelijke geloofsovertuiging. Ten aanzien van de medewerker receptie is de CGB van oordeel dat ook deze een belangrijke rol speelt bij de handhaving van de identiteit, zodat er in dit geval eveneens sprake is van een objectiveerbare relatie tussen het doel van de wederpartij en de functie-eis.

Een ander voor de tendensinstelling belangwekkend oordeel heeft de CGB uitgesproken inzake de vacature van een onbenoemde christelijke tendensinstelling voor de functie functioneel applicatiebeheerder. Een christelijke geloofsovertuiging en het onderschrijven van de doelstelling van de instelling, zoals neergelegd in de statuten, zijn als functie-eisen gesteld. Een applicatiebeheerder solliciteert niet, omdat hij daaraan niet voldoet. De CGB oordeelt het direct onderscheid, waarvan sprake is, toegestaan. De instelling manifesteert zich als christelijk en voert een consistent beleid om de identiteit te handhaven. Cruciaal is de vaststelling dat de Nota Identiteit de functie-eisen voor alle medewerkers laat gelden, ongeacht hun functie en of zij al of niet in loondienst zijn bij verweerster. De eisen gelden ook voor vrijwilligers en stagiaires. Uit de gang van zaken binnen de instelling blijkt dat het niet gaat om een ongerichte standaardeis. Hoewel de functie-eisen inzake de identiteit niet aan de functies apart zijn gerelateerd, is het voor alle functies slechts mogelijk deze naar behoren te vervullen wanneer de identiteit de werkzaamheden kleurt. Alle medewerkers dienen deel te nemen aan onder meer de kerstviering, de

621 CGB 19 september 2000, 2000-64 (Keukenmedewerker II).

introdunctiedag en andere expliciete belevingen van het geloof. De instelling spant zich tot het uiterste in alle functies te laten vervullen door werknemers die aan de twee functie-eisen (delen van een christelijke geloofsovertuiging en onderschrijven van de doelstelling) voldoen. Als dit niet meer het geval zou zijn, zou de instelling zich genoodzaakt zien delen van het werk af te stoten aangezien deze dan de doelstelling als christelijke instelling niet langer kan bereiken. De praktijk leert dat het geloof zo essentieel is voor het werken bij de betreffende instelling, dat medewerkers die het geloof niet langer delen, in een dergelijk geval zelf voor een andere werkkring kiezen. De CGB overweegt:⁶²²

‘In de doelstelling van verweerster is vervat dat het Evangelie op elke daartoe geschikte plaats, tijd en wijze, met name de daarin vervatte oproep tot bekering, in woord en daad wordt uitgedragen. In “elke daartoe geschikte plaats, tijd en wijze”, is geen functionele beperking te vinden, in die zin dat alleen bepaalde medewerkers, zoals degenen die met cliënten werken of een spilfunctie bekleden, het bereiken van dit doel mogelijk zouden maken. Uit deze ruim geformuleerde doelstelling volgt dat ook van de functioneel applicatiebeheerder wordt verwacht dat deze het geloof waar mogelijk uitdraagt – bijvoorbeeld naar collega’s toe, naar derden via externe contacten of via contacten met de maatschappij. Verweerster heeft aangetoond dat het geloof een centrale rol bij haar inneemt. Het is het geloof dat de werknemers bezieling geeft in het werk en dat de bindende factor is. Collega’s praten over het geloof, in ieder geval stimuleert verweerster dat dit gebeurt, en verweerster stelt werknemers in de gelegenheid zich verder in het geloof te verdiepen. Verweerster is in deze zin bijna als een geloofsgemeenschap te beschouwen. Uit dit verweven zijn van het geloof met de hele instelling volgt dat ook van de functioneel applicatiebeheerder kan worden gevraagd hieraan deel te nemen.’

De CGB kan zich erin vinden dat de functie-eis identiteit minder strikt op de vakmatige inhoud van de functie (functioneel applicatiebeheerder) ziet, dan op het functioneren van de werknemer binnen het geheel van de arbeidsorganisatie zelf. De identiteitseis ziet op het bereiken van de doelstelling als christelijke instelling. Op het eerste gezicht lijkt dit in strijd met het in de CGB-oordelen gehanteerde uitgangspunt dat het stellen van ongerichte eisen van identiteit, voor iedere functie ongeacht de inhoud, niet is toegestaan. Toch is de functie-eis minder ongericht dan het schijnt. De identiteit vervult voor de betreffende instelling aantoonbaar een dusdanig zwaar gewicht dat binnen de arbeidsorganisatie iedere functie deze identiteit als het ware ‘ademt’. Om die reden mag van alle medewerkers, dus ook de applicatiebeheerder die meer op de achtergrond werkt, worden verlangd dat zij de identiteit in hun gehele functioneren actief en voortdurend uitdragen.⁶²³

622 CGB 14 juni 2007, 2007-96 (Applicatiebeheerder).

623 In dezelfde zin oordeelt de CGB ten aanzien van een vrouw die door het Leger des Heils wordt afgewezen voor de functie facilitair coördinator, omdat zij niet de christelijke geloofsovertuiging heeft. CGB 22 september 2011, 2011-141 (Facilitair coördinator).

Onderscheid naar geslacht

In orthodox-protestantse kringen werd tot ver in de twintigste eeuw en wordt door sommigen in de eenentwintigste eeuw een betaalde baan voor een gehuwde vrouw nog geen vanzelfsprekendheid geacht. Laat staan dat een zwangere vrouw bij de selectie enige kans zou maken. Het ligt in deze lijn dat de reformatorische tendensinstelling bij de selectie zwangerschap lang als een obstakel heeft beschouwd.⁶²⁴ Waarbij moet worden aangetekend dat de acceptatie van de al dan niet gehuwde of zwangere vrouw in het arbeidsproces is toegenomen.⁶²⁵

Art. 7:646 lid 1 en 5 BW en art. 5 lid 1 onder a Awgb verbieden achterstelling van de gehuwde of zwangere vrouw bij de selectie.⁶²⁶ Over zwangerschap hoeft een sollicitant geen informatie te verstrekken, ook niet wanneer het een functie voor bepaalde tijd betreft. Het stellen van vragen over zwangerschap levert verboden onderscheid naar geslacht op.

Ten aanzien van de fase van de werving eist de CGB van een zorginstelling na te gaan of de werkzaamheden zodanig kunnen worden ingericht dat aan de voorwaarden van een goede uitoefening van de functie van maatschappelijk werker wordt voldaan zonder dat de functie slechts aan een man wordt aangeboden.⁶²⁷ Een personeelsadvertentie waarin een handige jongedame wordt gevraagd voor lichte cateringwerkzaamheden, minimumleeftijd achttien jaar, kan niet door de beugel.⁶²⁸ Verder moet de redactie van het feministische periodiek *Opzij* accepteren dat ook een man in potentie feminist kan zijn.⁶²⁹

De ruimte op grond van zwangerschap onderscheid te maken, een onderwerp dat nogal eens bij de hierna te bespreken selectie naar voren komt, is eveneens nihil.⁶³⁰ Het afzeggen van een voorgenomen sollicitatie door een uitzendbureau wegens verminderde inzetbaarheid van de sollicitant door zwangerschaps- en bevallingsverlof, leidt volgens de CGB tot verboden onderscheid.⁶³¹ Een sollicitant mag zelfs liegen wanneer de potentiële werkgever in weerwil van het verbod op vragen hiernaar toch informa-

624 In 2003 plaatste het *Reformatorisch Dagblad* een serie artikelen over werkende moeders in het kader van de invloed van de emancipatie op de gereformeerde gezindte. Van de vrouwen met kinderen van nul tot twaalf jaar heeft in deze kring 41 procent een betaalde baan. *Reformatorisch Dagblad* 6 mei 2003, 'Vrouwen meer mans. Emancipatie heeft duidelijk invloed op gereformeerde gezindte'.

625 *Terzake* 27 mei 2011 (tv-programma VRT), 'Fundamentalisten op de wip in Nederland'. <<http://www.deredactie.be/cm/vrtnieuws/mediatheek/programmas/terzake/2.15889/2.15890/1.1033662>>. In 2006 debatteerden de ChristenUnie, de SGP en het CDA in de Tweede Kamer over de vraag of het voorstel van het CDA voor het gefaseerd afschaffen van de algemene heffingskorting voor niet werkenden, onvriendelijk ook wel 'aanrechtsubsidie' genoemd, als regelrechte aanval op het klassieke gezin kon worden beschouwd. In Nederland blijft overigens ook buiten de gereformeerde gezindte in brede kring het zelf zorgen voor kinderen het ideaal. Uitgebreid: *Hoe het werkt met kinderen. Moeders over kinderopvang en werk* (SCP-onderzoek onder moeders van jonge kinderen), Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2006.

626 Een beding dat bij huwelijk of zwangerschap de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege veronderstelt, is nietig (art. 7:667 lid 7 en 8 BW). Gedurende de zwangerschap van de werkneemster kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen (art. 7:670 lid 2).

627 CGB 31 juli 2006, 2006-165 (Mannelijke kandidaat).

628 CGB 18 december 2008, 2008-155 (Jongedame gevraagd).

629 CGB 15 april 2008, 2008-39 (Opzij voor mannen).

630 Bij een in-vitrofertilisatiebehandeling begint de zwangerschap op het moment van het plaatsen van bevruchte eicellen in de baarmoeder. HvJ EG 26 februari 2008, JAR 2008/93 (Mayr/Flöckner).

631 CGB 27 januari 2006, 2006-14 (Afzeggen sollicitatie).

tie probeert in te winnen, blijkt uit een vonnis van de kantonrechter Maastricht.⁶³²

In het verlengde hiervan blijft bij de deelfase van de aanstelling gelijke behandeling van mannen en vrouwen een gegeven.⁶³³ Een regionaal opleidingscentrum maakt volgens de CGB verboden onderscheid door een mannelijke docent inburgering geen nieuwe opdracht te geven. Het laadt de verdenking op zich voor bepaalde inburgeringstrajecten met voornamelijk vrouwelijke leerlingen slechts vrouwelijke docenten te willen inzetten.⁶³⁴ Wanneer in de laatste fase van een sollicitatieproces bekend wordt dat de sollicitant zwanger is, is bij haar geschiktheid de gebleken zwangerschap volgens de CGB geen reden de arbeidsovereenkomst niet aan te gaan dan wel voor te stellen deze pas na ommekomst van het zwangerschaps- en bevalingsverlof aan te gaan.⁶³⁵

4.3.3 Selectie

In de fase van de selectie beoordeelt de werkgever de geschiktheid van de sollicitant. De procedure moet voldoende inzichtelijk, controleerbaar en systematisch worden uitgevoerd. Met het oog op de tendensinstelling wordt specifiek ingegaan op het laten meewegen van de persoonlijke levenssfeer.

Gedurende de precontractuele fase krijgt de relatie tussen de beide partijen een steeds minder vrijblijvend karakter.⁶³⁶ Verschillende gedragscodes geven nader invulling aan de wederzijds in acht te nemen zorgvuldigheid.⁶³⁷ De sollicitant verschafft informatie die een waar en getrouw beeld geeft van vakbekwaamheid.⁶³⁸ De sollicitant houdt geen informatie achter waarvan deze weet of behoort te weten dat die van belang is voor de vervulling van de functie.⁶³⁹ Waar de grens van de informatieverstreking ligt, valt niet precies af te bakenen. De plicht tot het verstrekken van gegevens over kwaliteiten, kwalificaties en kwalen heeft in ieder geval geen onbegrensd karakter. Er behoort geen ontleding van het privéleven van de sollicitant plaats te vinden.⁶⁴⁰

Toch kan inzicht in het privéleven van de sollicitant bij de selectie meewegen. Een beeld hiervan kan immers bijdragen aan de indruk die de werkgever zich van de

632 Zo hoefde een sollicitante niet spontaan, voor zover de omvang van haar buik dat al niet aantoonde, te melden dat ze zeven maanden zwanger was. Ktr. Maastricht (voorzieningenrechter) 10 oktober 2005, *JAR* 2005/238 (Zeven maanden zwanger).

633 Van Drongelen 2006, p. 102.

634 CGB 9 november 2009, 2009-105 (Mannelijke docent inburgering).

635 Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 218. CGB 4 december 2001, 2001-117 (Zwangere sollicitante).

636 Rb. Den Haag 22 januari 2003, *JAR* 2003/65, (m.n. Vegter) (Rookvrije werkplek). Hof Den Haag 8 september 2006, *JIN* 2007/2 (m.n. Zondag) (Portefeuillemanager Metterwoon). Uitgebreid over de rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd: R.F. Kötter, *De rechtspositie van werknemers tijdens sollicitatiefase en proeftijd* (diss. Leiden, Monografieën Sociaal Recht, nr. 53), Deventer: Kluwer 2010.

637 Een voorbeeld is de 'Aanbeveling werving en selectie', gebaseerd op de 'NVP-sollicitatiecode' van de Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid. Stichting van de Arbeid: Aanbeveling werving en selectie, 9 maart 2000. <<http://www.nvp-plaza.nl>>. Hoewel niet rechtens afdwingbaar, kan de code dienen als inkleuring van een open (zorgvuldigheids)norm waaraan de werkgever wel rechtstreeks is gebonden. Loonstra & Zondag 2010, p. 84. Formele procedureregels ontbreken. Kötter 2010, p. 53.

638 Opleiding, kennis en ervaring. Art. 4.2 NVP-sollicitatiecode.

639 Art. 4.4 NVP-sollicitatiecode.

640 Art. 5.1 NVP-sollicitatiecode.

persoon van de sollicitant probeert te vormen. Voor een tendensinstelling geldt dat des te meer wanneer de identiteit een eenheid van leer en leven voorstaat. Zeker in die gevallen waarin het een functie betreft die de identiteit van de instelling als het ware draagt, is denkbaar dat het privéleven, of een aspect daarvan, een betekenisvolle factor is bij het beoordelen van de geschiktheid van de sollicitant.

Eisen ten aanzien van persoonlijke kenmerken worden slechts gesteld indien deze in verband met een goede functievervulling noodzakelijk zijn en voor zover zij niet in strijd zijn met wettelijke regelingen.⁶⁴¹ Per functie verschilt de mate waarin een doorlichting van het privéleven aanvaardbaar is. Wie bij de politie wil werken, moet buiten werktijd voorbeeldig burger zijn. Van een aspirant-surveillant wordt onbesproken gedrag vereist.⁶⁴² Rechter of douanebeambte zijn ook functies waarvoor het privéleven een rol speelt.⁶⁴³

Waarover kan worden gesproken, hangt van het verloop van het gesprek af. Er ligt geen lijstje met verboden onderwerpen.⁶⁴⁴ Bovendien heeft de sollicitant de vrijheid geen antwoord te geven op vragen naar de privé woon- of leefsituatie als deze naar diens oordeel niet relevant kunnen worden geacht voor de te vervullen functie.⁶⁴⁵ Juridisch relevant is alleen de consequentie die de beoogde werkgever op het gesprek laat volgen. Het enkele feit dat denkbeelden of gedragingen van een sollicitant blijken het gesprek niet met de identiteit van de instelling stroken, mag geen reden zijn voor het maken van onderscheid.⁶⁴⁶

Eisen met betrekking tot het privéleven van de sollicitant kunnen tot onderscheid in de zin van de Awgb leiden. Met inachtneming van de iets ruimere marges voor de instelling van bijzonder onderwijs, is voorwaarde bij het stellen van vragen die in de privésfeer treden, dat dit niet geschiedt met het oogmerk inbreuk te maken op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant, maar omdat diens geschiktheid voor de functie mede van de affiniteit met de identiteit afhangt (art. 5 lid 2 onder a en c Awgb). Een onzorgvuldige procedure levert niet per definitie verboden onderscheid op, maar is wel in strijd met de verplichtingen die op grond van de wetgeving inzake gelijke behandeling op aanbieders van werk rusten.⁶⁴⁷

De Sollicitatiecode van de Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs (VGS-sollicitatiecode) biedt een voorbeeld van de gevoelde noodzaak vanwege de identiteit de persoonlijke levenssfeer bij de selectie te betrekken, met gelijktijdige inachtneming van de grenzen van de functievereisten.⁶⁴⁸ De selectie van kandidaten geschiedt op grond van bekendgemaakte eisen, die zowel op de functie als op de functievervulling betrekking hebben. Het stellen van deze eisen mag geen ongerechtvaardigd onderscheid tot gevolg hebben (art. 4 lid 1 en 2 VGS-sollicitatiecode).⁶⁴⁹ In beginsel vormt alleen de voor de functie en functievervulling relevante informatie

641 Art. 2.2 NVP-sollicitatiecode.

642 Solliciteren als (assistent) politiemedewerker. <<http://www.infopolitie.nl/>>.

643 Zo weegt voor een functie als rechter of raadsheer een uittreksel uit het Justitieel Documentatieregister bij de beoordeling mee. <<http://www.rechtspraak.nl/>>.

644 *Handelingen II*, 1992/93, 48, p. 3591.

645 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 82.

646 *Handelingen II*, 1992/93, 48, p. 3592.

647 Asscher-Vonk & Burri 2003, p. 216.

648 De VGS-sollicitatiecode is bijlage 8 bij de CAO voor het reformatorisch primair onderwijs.

649 De toelichting op de sollicitatiecode verwijst naar de Awgb.

het onderwerp van gesprek (art. 6 lid 2 VGS-sollicitatiecode). De toelichting op de sollicitatiecode meldt over deze bepaling dat bij vragen omtrent de geschiktheid ook aan de orde komt de gezindheid van de betrokkene ten aanzien van de grondslag en het doel van de rechtspersoon, evenals de eisen die in dat kader ten aanzien van de levenswandel worden gesteld.

Tot besluit dient te worden vermeld dat het de werkgever in beginsel vrijstaat naar het strafrechtelijke verleden te vragen en daarnaar onderzoek te doen. De in te winnen informatie moet voor het verrichten van de functie van belang zijn. De werkgever moet wel terughoudendheid betrachten bij het verbinden van gevolgen aan strafrechtelijke veroordelingen in gevallen waarin aan de straf is voldaan.⁶⁵⁰

Een onderdeel van de selectieprocedure van een protestants-christelijke instelling voor verstandelijk gehandicapten op de Noordwest-Veluwe is aandacht voor de levensvisie, concreet geformuleerd als eis van meelevend lidmaatschap van een protestants-christelijke kerk of groepering. Daarmee treedt de instelling in de persoonlijke levenssfeer. De CGB acht aannemelijk dat een rooms-katholieke sollicitante zonder de vereiste religieuze achtergrond niet voldoende in staat is tot een vanzelfsprekende invoeling in de ervaringen van de bewoners van deze onbenoemde tendensinstelling. Ondersteuning bij godsdienstige vraagstukken is juist van het grootste belang. De instelling maakt voldoende aannemelijk dat de verzorgende een belangrijke rol speelt bij de handhaving van de identiteit, zodat er sprake is van een objectiveerbare relatie tussen het doel en de functie-eis.⁶⁵¹

Een school met als statutaire grondslag de Bijbel wijst een sollicitante af omdat zij niet aan het vereiste van het in woord en daad vorm en inhoud geven van de identiteit voldoet. Van het te benoemen personeelslid wordt vereist dat deze in zijn werk door Gods Woord wordt geïnspireerd, zich van harte in de doelstelling van de school vindt en het mission statement van harte onderschrijft. De aandacht voor identiteit uit zich verder in de beleidsnotitie. De school toont voor de CGB onbetreden aan dat de onderwijsgevers een belangrijke rol hebben bij het vormgeven van het christelijk onderwijs. Alle leerkrachten moeten kennis van het beleid en de daarin vervatte ideeën hebben. Zij schenken uitdrukkelijk aandacht aan kennis van de Bijbel en aan de beleving van het geloof in Jezus Christus. Regelmatig bezinnen zij zich op de manier waarop zij vorm en inhoud geven aan het christelijk karakter van het onderwijs. De gestelde functie-eis voldoet daarmee aan de voorwaarden voor gerechtvaardigd onderscheid (art. 5 lid 2 onder c Awgb).⁶⁵² Eenzelfde soort afweging maakt de CGB ten aanzien van een christelijke vakbond, een onbenoemde tendensinstelling, die voor zekere beleidsbepalende en beleidsuitvoerende functies slechts christenen aanneemt en een sollicitante vanuit deze motivering afwijst.⁶⁵³

650 Een ongeclausuleerde mogelijkheid naar het strafrechtelijk verleden te vragen, kan tot een inbreuk op het recht op privacy van de sollicitant leiden. Kötter 2010, p. 91.

651 CGB 23 december 1999, 1999-108 (Rooms-katholieke verzorgende).

652 CGB 26 juni 2006, 2006-128 (Afwijzing leerkracht).

653 CGB 6 november 2006, 2006-218 (Christelijke vakbond).

4.3.4 Aanstelling

Binding aan de identiteit

Wanneer een werkgever eenmaal de intentie heeft met de geselecteerde kandidaat een arbeidsovereenkomst te sluiten, is de afronding van de precontractuele fase aangebroken. Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst staat het beide partijen niet altijd zonder meer vrij de onderhandelingen op lichtvaardige gronden af te breken.⁶⁵⁴ Een doorlopende lijn verbindt de drie deelfasen van de instroom. Wat voor de werving en de selectie geldt, is ook bij de aanstelling onverkort van toepassing. Binding aan de identiteit en de noodzaak van een eenduidige gedragslijn springen hierbij in het oog.

Bij de aanstelling zal de wijze van binding aan de identiteit van de tendensinstelling in de regel een schriftelijke bezegeling in het arbeidscontract krijgen. Door schriftelijk instemming met de identiteit te betuigen, is de werknemer 'zwart op wit' aanspreekbaar op zijn instemming met en betrokkenheid bij de bestaansgrond van de tendensinstelling.

Een manier van vastleggen kan zijn door de werknemer met de grondslag, zoals deze in de statuten vastligt, te laten instemmen. Voor de tendensinstelling is de grondslag immers de basis en het richtpunt voor de identiteit. Denkbaar is ook dat de werknemer de missie of doelstelling onderschrijft. Ook deze zijn rechtstreeks tot de identiteit te herleiden. Het onderschrijven van grondslag, doelstelling of anders vormgegeven binding aan de identiteit impliceert een persoonlijke betrokkenheid die mag worden verwacht van werknemers in functies die zich voor het stellen van identiteitseisen lenen. In het bijzonder wanneer de betreffende levensbeschouwing de tendensinstelling werkelijk 'draagt' en het tot de taak van de werknemers behoort daarin besloten liggende normen en waarden over te dragen, bijvoorbeeld in het onderwijs, mag een vergaande identificatie met de grondslag worden geëist. In een kerkgenootschap geldt deze eis tot identificatie het zwaarst.⁶⁵⁵ Daarop volgen de instelling van bijzonder onderwijs en dan de onbenoemde tendensinstelling.

Het arbeidscontract wordt met elke werknemer afzonderlijk aangegaan en heeft een individueel karakter. Toch mag het collectieve aspect niet uit het oog worden verloren. Hier komt het institutionele aspect van de tendensinstelling om de hoek kijken. De instelling zal de doelstellingen slechts door de gezamenlijke inspanningen van alle werknemers kunnen verwezenlijken. Van een werknemer die de identiteit persoonlijk niet onderschrijft, mag zonder meer worden verwacht dat deze in het kader van de arbeidsverhouding tot het verwezenlijken van de doelstellingen van de tendensinstelling zal bijdragen. Denkbaar is dat werknemers in functies waarvoor geen specifieke identiteitseisen gelden, toch schriftelijk vastleggen dat zij respect voor de identiteit betonen. Het begrip respecteren omvat noch het instemmen met de grondslag of identiteit, noch het belijden van de gemeenschap-

⁶⁵⁴ De wils- en vertrouwenstheorie geven het kader voor de beoordeling (art. 3:33 en 3:35 BW). In de praktijk zullen problemen bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst meestal draaien om dwaling en in een sporadisch geval bedrog. Loonstra & Zondag, p. 75-78.

⁶⁵⁵ Vermeulen 1989, p. 297, 298.

pelijke overtuiging door woord en gedrag binnen de kring van de tendensinstelling. Respect heeft een wezenlijk minder vergaande strekking dan onderschrijven.⁶⁵⁶

Een tendensinstelling zal het onderscheid tussen het onderschrijven van de identiteit en het respecteren ervan vanuit het oogpunt van de samenhang in de arbeidsorganisatie als onwenselijk kunnen ervaren. Als het onderschrijven van de identiteit echter een te zware eis is, is het respecteren ervan een goede tweede. Ook voor functies die niet rechtstreeks aan de identiteit raken, moet een zekere mate van respectvolle betrokkenheid bij de identiteit worden vastgelegd.⁶⁵⁷

Eenduidige gedragslijn

De tendensinstelling moet bij de aanstelling een eenduidige gedragslijn hanteren. Een strikt en consequent toegepast aanstellingsbeleid loont voor zowel de rechter als voor de CGB. Consequent is een rooms-katholieke school voor voortgezet onderwijs in Tilburg die een moslimdocent die als docent godsdienst stage loopt, geen vaste aanstelling verleent. Op grond van hetgeen de school naar voren brengt over de wijze waarop zij haar rooms-katholieke identiteit in het onderwijs gestalte geeft, acht de CGB het voldoende aannemelijk dat van een vast en op het doel van de instelling berustend beleid sprake is. De school kan de functie-eis met betrekking tot de rooms-katholieke identiteit in redelijkheid stellen.⁶⁵⁸ Eenzelfde afweging is te vinden in een CGB-oordeel over een islamitische klassenassistente die geen aanspraak op een toekomstige vaste aanstelling aan een protestants-christelijke basisschool kan maken, omdat zij de christelijke overtuiging mist die ze vanuit haar functie kan en moet uitdragen.⁶⁵⁹

Daarentegen wreekt zich een niet-consequent aanstellingsbeleid. De volgende zaak is hiervoor illustratief. Met een beroep op de identiteit wijst een rooms-katholieke basisschool een kind af. Weliswaar kan het beleid nodig worden geacht voor de verwezenlijking van de grondslag, maar het is volgens de CGB niet consequent uitgevoerd en gehandhaafd. Noch de website noch de schoolgids vermeldt (uitdrukkelijk) dat de school alleen rooms-katholiek gedoopte leerlingen toelaat. Hoewel de school stelt dat van een verscherpt beleid in de afgelopen jaren sprake is, blijkt dit nergens uit. Dit klemmt temeer, omdat ook aan leerkrachten niet de expliciete eis wordt gesteld dat zij rooms-katholiek zijn, terwijl verder het bestuur slechts in meerderheid uit rooms-katholieke leden hoeft te bestaan.⁶⁶⁰

Voor de positie van een sollicitant bij een tendensinstelling is de uitspraak in hoger beroep van het hof Amsterdam over de weigering van een school op reformatische grondslag die om redenen van identiteit weigert een leerling toe te laten, om twee redenen relevant te noemen. Hoewel het geen arbeidsrecht betreft, wijst

656 Zie het hierna te bespreken vonnis in kort geding over de mate waarin moet worden ingestemd met de reformatische identiteit en de daarmee verbonden terminologie (respecteren of onderschrijven). Rb. Utrecht 1 augustus 2006 (voorzieningenrechter), LJN: AY5353 (Hoornbeek I).

657 Om de identiteit te waarborgen zijn in theorie meer specifieke afspraken mogelijk tussen werkgever en werknemer. Denkbaar is echter dat de vrijheid van de werknemer door uiteenlopende bedingen te veel aan banden komt te liggen. Van Drongelen e.a. 2006, p. 20.

658 CGB 4 december 2001, 2001-116 (Islamitische godsdienstleraar).

659 CGB 10 januari 2002, 2002-1 (Islamitische klassenassistent).

660 CGB 9 september 2008, 2008-112 (Niet-consequent toelatingsbeleid).

deze zaak uit dat het nauw luistert wat onder identiteit wordt verstaan en de mate waarin instemming is vereist.⁶⁶¹ Van belang blijkt bovendien bij de toelating, in het arbeidsrecht bij de aanstelling, de identiteitseis concreet, strikt en consequent uit te dragen en waar te maken.⁶⁶²

4.3.5 Conclusie

De instroom bestaat uit werving, selectie en aanstelling. Bij de drie deelfasen zijn specifieke aandachtspunten en knelpunten voor de tendensinstelling te benoemen.

Reeds in de fase van de werving stelt een tendensinstelling identiteitseisen. Voor de samenhang van de arbeidsorganisatie is het van belang de betekenis van identiteit niet tot de vervulling van enkele kernfuncties te versmallen. De keerzijde daarvan is dat van meet af aan iedere functie een brug naar de identiteit nodig heeft. De tendensinstelling moet aannemelijk maken dat het slechts mogelijk is een functie naar behoren te vervullen en aan het bereiken van de doelstellingen mee te werken wanneer de identiteit de functie kleurt. Zowel de inhoud van het takenpakket als het functioneren van de werknemer in de context van de arbeidsorganisatie verdienen daarbij aandacht. Vanuit een als organisch omschreven visie werkt de identiteit van de tendensinstelling bij alle functies door. Hoe sterker de identiteit aantoonbaar van betekenis is voor de arbeidsorganisatie als geheel, hoe beter het mogelijk is de noodzaak van het stellen van identiteitseisen aan te tonen.

De fase van de selectie dient het verkrijgen van inzicht in de geschiktheid van de sollicitant volgens een systematische, inzichtelijke en controleerbare procedure. Het belang van de identiteit, zeker wanneer de tendensinstelling eenheid van leer en leven voorstaat, maakt de vraag relevant of eisen mogen worden gesteld die aan de persoonlijke levenssfeer raken. Dit is in het bijzonder van belang wanneer de eisen tot onderscheid op een van de in de Awgb genoemde gronden kunnen leiden. Affiniteit met de identiteit kan inderdaad een wezenlijke functie-eis zijn, mits deze vanuit een aantoonbaar noodzakelijk verband met een goede vervulling van de functie is beargumenteerd. Niet uitgesloten is daarmee een eis tot een vergaande persoonlijke identificatie met de identiteit.

In de fase van de aanstelling doet de vraag zich voor hoe de binding aan de identiteit gestalte kan krijgen. De binding verschilt per type tendensinstelling. Bij het kerkgenootschap is deze het sterkst, het geestelijk ambt voorop, gevolgd door het bijzonder onderwijs en dan de onbenoemde tendensinstelling. De mate van identificatie wordt verder door de functie binnen de arbeidsorganisatie bepaald. De ene functie heeft een meer rechtstreeks verband met de identiteit dan de andere. Functies met sterke identiteitseisen lenen zich voor het instemmen met of onder-

661 Het Hof Amsterdam laat de constatering van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht overeenstemmen, dat het Hoornbeek College een strikt toelatingsbeleid mag voeren dat op de eigen uitleg van toelatingsnormen van religieuze aard steunt. Rb. Utrecht 1 augustus 2006 (voorzieningenrechter), LJN: AY5353 (Hoornbeek I). Zie ook: <<http://www.hoornbeekcollege.nl/>>. Zie voor het belang van duidelijkheid over de eis wat het onderschrijven dan wel het respecteren van de grondslag in de praktijk inhoudt, ook: CGB 7 januari 2011, 2011-2 (Kledingregels Volendam I).

662 Hof Amsterdam 24 juli 2007, LJN: BB0057, NJCM-Bulletin 2008, p. 498 (m.n. De Blois) (Hoornbeek II).

schrijven van de grondslag door de werknemer. Voor andere functies vraagt de tendensinstelling de identiteit te respecteren. Beide vormen kunnen een schriftelijke bezegeling krijgen in het arbeidscontract.

Identiteitseisen kunnen tot (on)gerechtvaardigd onderscheid in de zin van de Awgb leiden. Een onderwijsinstelling mag eisen over de functie stellen die nodig zijn voor het verwezenlijken van de grondslag. Een onbenoemde tendensinstelling mag eisen stellen die nodig zijn voor het vervullen van de functie. In theorie heeft de instelling van bijzonder onderwijs een ruimere marge dan de onbenoemde tendensinstelling. De oordelen van de CGB noch de jurisprudentie laten tussen beide typen tendensinstellingen in de praktijk significant verschil zien. Ten aanzien van gelijke behandeling moet verder worden genoemd dat de ruimte onderscheid naar geslacht te maken, in alle drie deelfasen nihil is. Daaronder zijn ook begrepen zaken die daarmee samenhangen, zoals gehuwde staat en zwangerschap.

Uit de jurisprudentie en de oordelen van de CGB blijkt behalve de noodzaak van een in theorie correcte onderbouwing van de identiteitseisen het belang van het in de praktijk concreet, strikt en consequent uitdragen en waarmaken ervan. Deze criteria blijken gedurende het verloop van de deelfasen van de instroom, maar ook bij de doorstroom en de uitstroom onverkort van toepassing.

4.4 Doorstroom: voorschriften en afspraken

4.4.1 Inleiding

Voorschriften en afspraken kleuren de arbeidsverhouding. Naarmate de werkgever hierover meer heeft in te brengen, kan deze beter in staat worden geacht de identiteit in de fase van de doorstroom te waarborgen. Ingegaan wordt op het karakter van het instructierecht, arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden en hun onderlinge afbakening. Daarna krijgen de basale arbeidsvoorwaarden als beloning en werktijd bespreking.

4.4.2 Instructierecht en arbeidsvoorwaarden

Instructierecht

Binnen zekere grenzen kan de tendensinstelling de arbeidsverhouding van het individu door eenzijdig vastgestelde regels en voorschriften reguleren. Deze kunnen ook voor het collectief gelden. Het wettelijk geregelde instructierecht, ook wel directierecht genoemd, is hiervoor de basis. De werknemer staat bij de arbeidsovereenkomst onder zeggenschap van de werkgever (art. 7:610 BW). Als verdieping van dit uitgangspunt verplicht art. 7:660 BW de werknemer zich aan de voorschriften over het verrichten van de arbeid te houden, evenals aan degene die op het bevoor-

deren van de goede orde in de onderneming van de werkgever zijn gericht.⁶⁶³ In het uiterste geval kan overtreding van het instructierecht ontslag op staande voet tot gevolg hebben.⁶⁶⁴

De inhoud van art. 7:610 en 7:660 BW onderstreept de ongelijke positie tussen werkgever en werknemer. De bevoegdheid tot het geven van instructie op grond van art. 7:660 BW is groter naarmate rechten en plichten van partijen op andere wijze minder zijn vastgesteld, of uitdrukkelijk ter bepaling aan de werkgever zijn overgelaten. In de optiek van Loonstra & Zondag vallen ook voorschriften met een min of meer bedrijfsethische inhoud onder art. 7:660 BW.⁶⁶⁵ Zij pleiten voor een ruime benadering waarin de goede orde in de onderneming, primair op de doelmatigheid en rationaliteit van de bedrijfsvoering gericht, vanuit het perspectief van MVO ook op de uitstraling naar buiten toe betrekking heeft. Collectieve voorschriften kunnen vanwege hun karakter het niveau van het contract en van de arbeidsvoorwaarden overstijgen. Ze benadrukken de institutionele kanten van de arbeidsorganisatie.

Als inkleuring van het goed werkgeverschap en goed werknemerschap van art. 7:611 BW zijn voor de invulling van de voorschriften in het kader van het instructierecht de eisen van redelijkheid en billijkheid relevant. Maatschappelijke opvattingen bepalen deze grenzen, maar ook de aard van de instelling, de vraag of de betreffende voorschriften noodzakelijk zijn voor een deugdelijke uitoefening van de functie, de plaats van vestiging en de kring van personen waarop de instelling zich primair richt.⁶⁶⁶ De hoedanigheid van tendensinstelling is dus een factor die meeweegt bij de invulling van het instructierecht.

Arbeidsvoorwaarden

Tot de arbeidsvoorwaarden worden afspraken gerekend die wederzijdse instemming van werkgever en werknemer verlangen om deze onderdeel van de rechtsverhouding te laten uitmaken. Naar een eenduidige definitie is het vergeefs zoeken.⁶⁶⁷ Letterlijk ziet de term op de voorwaarden waaronder arbeid wordt verricht. In de eerste plaats gaat het om afspraken tussen de werkgever en werknemer. Consensus is vereist. In de tweede plaats betreffen de afspraken de voorwaarden waaronder de arbeid wordt aangevangen, verricht en beëindigd. Het gaat om de tegenprestatie voor de arbeid.⁶⁶⁸ Met deze twee constituerende elementen hebben de arbeidsvoorwaarden een ruim bereik.

663 In de literatuur zijn de twee categorieën voorschriften van art. 7:660 BW niet of nauwelijks geproblematiseerd. Ook in de schaarse jurisprudentie zijn weinig lijnen te ontwaren. Loonstra & Zondag 2011. <<http://www.sducommentaararbeidsrecht.nl>>.

664 Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 133.

665 Loonstra & Zondag 2011. <<http://www.sducommentaararbeidsrecht.nl>>.

666 Ktr. Rotterdam 3 augustus 1994, *JAR* 1994, 206 (Oorbel en gymshoenen).

667 Een voorbeeld van een mogelijke definitie is te vinden in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Wet verbod van onderscheid naar arbeidsduur (WOA). *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 21. Zie ook: Arbeid, religie en gelijke behandeling 2004, par. 3.2. Zie ook: SER advies 94/06, p. 37.

668 In de praktijk wordt onderscheid gemaakt in primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden. Voorbeelden zijn achtereenvolgens loon, een uitkering bij een jubileum en een optieregeling. Verschillende wetten hanteren een verschillend loonbegrip. Loonstra & Zondag 2010, p. 151.

Arbeidsvoorwaarden liggen niet voor eens en altijd vast. Met een beroep op verplichtingen uit hoofde van het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap kan de werkgever wijzigingen in de functie van de werknemer aanbrengen (art. 7:611 BW). Er kan wel een toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid plaatsvinden. Ook expliciete individuele afspraken kunnen een (noodzakelijke) wijziging niet weerhouden.⁶⁶⁹ Bij een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding is art. 7:613 BW van toepassing.⁶⁷⁰ Voor zover daarover geen afspraken zijn gemaakt, kan de werkgever op grond van het instructierecht wijzigingen in de functie aanbrengen (art. 7:610 en 7:660 BW). Bij het ontbreken van een wijzigingsbeding, of het niet van toepassing zijn ervan, geldt de zware toets van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). De vraag of ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, behoeft dan een bevestigend antwoord.⁶⁷¹ Als een bijzondere regel voor een extreem geval van de beperkende werking van ongeschreven recht geldt voorts de rechtsgang voor de wijziging van een overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden die in art. 6:258 BW is te vinden.⁶⁷²

Van arbeidsvoorwaarden te onderscheiden zijn dan nog arbeidsomstandigheden. Daarbij gaat het over aspecten van veiligheid, gezondheid en welzijn in verband met de uitvoering van het werk.⁶⁷³ Zo staat het de werkgever en werknemer slechts in beperkte mate vrij de inrichting van de arbeidsplaats naar eigen inzicht te bepalen.⁶⁷⁴ Twee belangrijke wetten zijn de Arbeidstijdenwet (Atw) en de Arbeidsomstandighedenwet 1998.

Onderlinge verhouding

Het onderscheid tussen het instructierecht, arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden kan tot afbakeningsproblemen leiden.⁶⁷⁵ Het verrichten van de arbeid en het bevorderen van de goede orde in de onderneming zijn zaken die tot het instructierecht behoren. Toch kunnen werkgever en werknemer hierover afspraken maken.⁶⁷⁶ Het aanpassen van een werkrooster is zowel als een ordevoorschrift als een arbeidsvoorwaarde aangemerkt.⁶⁷⁷ In het eerste geval beperkte de kantonrechter de bandbreedte voor het instructierecht tot het slechts alsnog invullen van 'ongeregelde aspecten van de arbeidsrelatie vanuit de resterende gezagsruimte en binnen de in acht te nemen grenzen van redelijkheid en billijkheid'.

Naarmate de arbeidsovereenkomst de rechten en plichten van de werknemer

669 Gunt 2009, p. 132, 191.

670 Aan de vereiste schriftelijkheid wordt ook voldaan door opname van het beding in een regeling die in de individuele arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd. HR 18 maart 2011, LJN: BO9570 (Uitkeringsregeling Wegener).

671 Gunt 2009, p. 208.

672 Deze aanpassingsmogelijkheid wordt weinig gebruikt. Loonstra & Zondag 2010, p. 322, 323.

673 Arbeid, religie en gelijke behandeling 2004, par. 3.2.

674 Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 231.

675 Zondag 2006, p. 3.

676 Ktr. Utrecht 8 maart 2006, JAR 2006/79 (Nevenwerkzaamheden).

677 Ordevoorschrift: Ktr. Zaandam 16 november 2006, JAR 2006/296 (Werkrooster). Arbeidsvoorwaarde: Ktr. Maastricht 29 maart 2005, JAR 2005/105 (Hokatex).

gedetailleerder regelt, neemt de ruimte voor het geven van instructies af.⁶⁷⁸ Hoe belangrijker een onderwerp is en hoe preciezer de afspraken daarover zijn, hoe minder ruimte de werkgever voor flexibele invulling overhoudt en hoe eerder het terrein van het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden wordt betreden.⁶⁷⁹ Zeker de primaire kern van arbeidsvoorwaarden leent zich niet voor regeling langs de weg van ordevoorschriften.

Ook tussen de begrippen arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden valt geen waterdichte scheiding aan te brengen. Het regelen van de arbeidstijd leent zich voor het maken van afspraken, maar er kleven tevens aspecten van veiligheid en gezondheid aan. Een ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden kan het bereik van arbeidsomstandigheden beperken. In de wetgeving zijn aanknopingspunten te vinden om arbeidsomstandigheden bij arbeidsvoorwaarden onder te brengen. Zo verbiedt art. 5 lid 1 onder e en h Awgb onderscheid bij zowel de arbeidsvoorwaarden alsook bij de arbeidsomstandigheden.⁶⁸⁰ Art. 7:646 lid 1 BW verbiedt onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarden alsook bij de arbeidsomstandigheden.⁶⁸¹

In een uitspraak die dateert van voor de aanpassing van art. 7:646 lid 1 BW die ook arbeidsomstandigheden onder het verbod op onderscheid brengt, bekrachtigt de rechtbank Den Haag in hoger beroep het vonnis van de kantonrechter Den Haag dat instructies over kleding van postbodes op zich niet als arbeidsvoorwaarden als bedoeld in art. 7:646 BW worden aangemerkt, maar als ordevoorschriften uit hoofde van art. 7:660 BW.⁶⁸² Door de grenzen van de overeenkomst te strak te trekken, ziet de rechtbank volgens Zondag echter over het hoofd dat er ook ordevoorschriften zijn die naar hun aard het niveau van het contract overstijgen.⁶⁸³ Te denken valt aan het imago van een instelling.

Als het gaat om het beoordelen van onderscheid in de zin van de Awgb, relateert de CGB het verschil tussen voorschriften, arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden vergaand. In een oordeel over kledingvoorschriften voor trambestuurders beschouwt de CGB arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden als communicerende vaten.⁶⁸⁴ Onder arbeidsvoorwaarden vallen ook voorschriften op grond van het instructierecht.⁶⁸⁵ De CGB onderbouwt het hanteren van een ruimere definitie van het begrip arbeidsvoorwaarden dan in strikt arbeidsrechtelijke zin door naar een vergelijkbare benadering door het HvJ EU te verwijzen. Zoals in een oordeel over kledingvoorschriften van een ziekenhuis valt te lezen, hanteert

⁶⁷⁸ Van der Grinten 2008, p. 263.

⁶⁷⁹ Zo is er minder ruimte voor flexibiliteit ten aanzien van loon en arbeidsduur dan betreffende functie en plaats. Gundt 2009, p. 192.

⁶⁸⁰ Zie ook: *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 661, nr. 3, p. 6.

⁶⁸¹ Zie ook: *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 1, 13.

⁶⁸² Ktr. Den Haag 22 februari 2000, *JAR* 2000/92 (Kledingvoorschriften postbodes I). Rb. Den Haag 23 mei 2001, *JAR* 2001/124 (Kledingvoorschriften postbodes II). Door de aanpassing van art. 7:646 lid 1 BW is de uitspraak feitelijk achterhaald.

⁶⁸³ Zondag 2006, p. 8.

⁶⁸⁴ CGB 2 december 2004, 2004-154 (Kledingvoorschriften trambestuurders I). Hof Amsterdam 22 juli 2005, *JAR* 2005/232 (Kledingvoorschriften trambestuurders II).

⁶⁸⁵ De concrete uitoefening van de aanwijzingsbevoegdheid wordt als arbeidsvoorwaarde aangemerkt. In die zin: Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 233.

de CGB nu het brede begrip arbeidsomstandigheden als aanknopingspunt voor het beoordelen van de rechtmatigheid van onderscheid, dus ook wanneer van voorschriften sprake is.⁶⁸⁶

4.4.3 Beloning

Beloning als tegenprestatie voor de arbeid is de belangrijkste arbeidsvoorwaarde. Zoals dat met andere identiteitseisen het geval is, moeten beloningscomponenten inhoudelijk met de functie verband houden. Denkbaar is dat een tendensinstelling activiteiten laat meewegen die verband met de identiteit houden. Zo kan een werkgever die de identiteit van zodanig gewicht acht voor het bereiken van de doelstellingen dat van elke werknemer minimaal respect voor de identiteit als functie-eis wordt gesteld, het bijwonen van de weekopening voor eenieder in de arbeidsorganisatie verplicht stellen. De werkgever kan frequent verzuim sanctioneren door dit als factor in de beoordeling voor de inschaling van de werknemer op te nemen. Zowel de sanctie zelf als de zwaarte ervan bij het zich niet conformeren aan de identiteitseis, moeten met het oog op de functie zijn te rechtvaardigen.

Bij de arbeidsvoorwaarden geldt het beginsel van gelijke behandeling als algemeen, hard kader.⁶⁸⁷ Ten aanzien van het loon, de belangrijkste primaire arbeidsvoorwaarde, is een inzichtelijke, systematische en controleerbare salariering en inschaling het uitgangspunt.⁶⁸⁸ Over de concrete toepassing daarvan en met name over verschillen in beloning is in de loop van de tijd een rijke jurisprudentie ontstaan.⁶⁸⁹

Een tendensinstelling die waarde hecht aan het gezin in de traditionele zin van het woord, met de man als kostwinner en de vrouw die geen of in deeltijd betaald werk verricht, zal rekening moeten houden met het verbod op onderscheid van art. 7:646 lid 1 en 5 BW.⁶⁹⁰ Art. 7-12 WGB m/v bevat een specifieke regeling voor gelijk loon voor mannen en vrouwen. Weliswaar vormt de bescherming van het traditionele gezin in beginsel een zwaarwegende en legitieme reden die een zeker verschil in ongelijke behandeling kan rechtvaardigen.⁶⁹¹ Maar bij de arbeid is direct onderscheid slechts toegestaan wanneer het geslacht bepalend is, of wanneer het

686 CGB 10 juni 2011, 2011-88 (Kledingvoorschriften ziekenhuis). *Derde Evaluatie Awgb* 2011, p. 5.

687 Heringa e.a. 2011, p. 87 Het HvJ EG heeft criteria voor het beloningsbegrip ontwikkeld in de uitspraak HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70, *Jur.* 1971, p. 445 (Defrenne I). Met als uitgangspunt het beginsel van gelijke beloning uit art. 119 EG-Verdrag (art. 141 EG) heeft het HvJ EG aan het begrip beloning een grote reikwijdte toegekend.

688 De eisen zijn geformuleerd in vaste jurisprudentie van het HvJ EG. HvJ EG 17 oktober 1989, nr. C-109/88, *Jur.* 1989, p. 3199 (Danfoss). Zie ook: CGB 29 december 2000, 2000-99 *JAR* 2001/27 (Salaris docente). CGB 15 mei 2006, 2006-98 (Doorzichting beloningsbeleid).

689 Een belangrijke mijlpaal in de Nederlandse rechtspraak vormt HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704 (m.n. PAS) (Agfa/Schoolderman), gerelativeerd in HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68, (Parallel Entry/KLM), verder verijnd in HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005/117, *JAR* 2004/258 (Van Pelt/Martinair). Zie ook: Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 86, 87.

690 Zie voor een nadere uiteenzetting in de literatuur over gelijke man/vrouwverhoudingen: Asscher-Vonk & Hendriks 2005, Hoofdstuk 8 en 9. Burri 2004, Hoofdstuk 5. Ook in het sociale zekerheidsrecht is mede onder invloed van het HvJ EU, het VN Mensenrechtencomité en Richtlijn nr. 86/378/EEG van 24 juli 1986 (Vierde Gelijkebehandelingsrichtlijn), *Pb. EG* 1986, L 225/40, gewijzigd door Richtlijn nr. 96/97/EG, *Pb EG* 1997, L 46/20 (Barber-richtlijn), het kostwinnerschap geschrapt.

691 EHRM 24 juli 2003, 2003/83 (Karner/Oostenrijk). Zie ook Gerards 2003.

op het verbeteren van de positie van de vrouw is gericht (art. 7:646 lid 2-3 BW). Indirect onderscheid behoeft een objectieve rechtvaardiging (art. 7:646 lid 6 BW). Deze kan niet worden gevonden in de (religieuze) opvatting dat de scheppingsorde man en vrouw verschillende rollen en taken toebedeelt.

Ook onderscheid naar burgerlijke staat, door in de arbeidsvoorwaarden ongehuwde werknemers bij gehuwde werknemers achter te stellen, leidt tot verboden onderscheid (art. 5 lid 1 Awgb). Gehuwde werknemers zijn vanwege hun thuis-situatie soms minder flexibel inzetbaar dan ongehuwde werknemers. Zo is denkbaar dat zij met hun vakantieplanning rekening met de vakanties van partner en kinderen moeten houden. Wederzijds rekening houden met de belangen van alle werknemers die bij de planning zijn betrokken, zal in de meeste gevallen voor alle betrokkenen tot bevredigend resultaat leiden. Achterstelling van de ongehuwde werknemer, die de vakantie als laatste mag invullen, is slecht denkbaar als functie-eis als bedoeld in art. 5 lid 2 Awgb die onderscheid rechtvaardigt.

Het CGB-oordeel over de keukenmedewerker van het Leger des Heils laat zien dat het gewicht welk deze instelling aan de weekopening toekent, ver boven een vrijblijvende bijeenkomst kan uitstijgen.⁶⁹²

‘De weekopening geschiedt door een personeelslid. De leiding ervan kan aan iedere medewerker worden gevraagd. De bijbel wordt gelezen, er wordt een toelichting gegeven en er wordt gezongen. Het is een moment van bezinning op de opdracht als christen en als hulpverlenende instantie. Van alle medewerkers wordt hierbij een actieve bijdrage verwacht. Iedereen die zich daartoe in staat acht, kan ook gevraagd worden de dagopening te doen.’

Deelname aan een bezinnende activiteit kan een mate van persoonlijke betrokkenheid vergen die op het onderschrijven of respecteren van de identiteit valt terug te voeren. Het verband met de functie geldt ook voor de sanctie op het verzuim door het beloningsbeleid.

4.4.4 Werktijd

Flexibele standaardregeling

Werktijd is de volgende te bespreken arbeidsvoorwaarde. De in dit verband betekenisvolle bepalingen uit de Atw krijgen bespreking. De regeling van de arbeidstijden betekent voor de tendensinstelling een toespitsing op de zondag en religieuze dagen met een bijzondere betekenis.

Het BW stelt in de definitie van de arbeidsovereenkomst dat deze gedurende zekere tijd plaatsvindt. De Atw hanteert een ruim tijdsbegrip voor de arbeid. Er moet sprake zijn van het op enigerlei wijze besteden van tijd, ongeacht of daarmee

⁶⁹² CGB 23 december 1996, 1996-118 (Keukenmedewerker I).

inspanning van lichamelijke of geestelijke aard gepaard gaat.⁶⁹³ Art. 4:1 Atw draagt de werkgever op een arbeidstijdenbeleid te voeren. De werkgever stelt de roosters vast. Voor zover dat redelijkerwijs van de werkgever kan worden gevergd, moet deze rekening met de persoonlijke omstandigheden van de werknemers houden. De werkgever moet bij de vaststelling van het arbeidspatroon van een werknemer, eveneens binnen redelijke grenzen, rekening met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid houden (art. 4:1a Atw).⁶⁹⁴ In een situatie na aanpassing van de arbeidsduur komt ook de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) de individuele werknemer bij de vormgeving van de roosters tegemoet met een redelijkheidstoetsing die expliciet in het kader van het algemene arbeidstijdenbeleid van de werkgever plaatsvindt (art. 2 lid 6 WAA).⁶⁹⁵ Al met al ademt de Atw een geest van flexibiliteit uit.⁶⁹⁶ In de praktijk moeten maatregelen met betrekking tot de combineerbaarheid van arbeidstijden en andere verantwoordelijkheden concreterisering krijgen in het overleg tussen werkgever en werknemers.⁶⁹⁷

Ook ten aanzien van werktijd is gelijke behandeling een hard kader. Wel heeft de vrouw recht op bescherming in de periode van de zwangerschap en een periode erna (art. 4:5-4:8 Atw). Onderscheid tussen voltijdmedewerkers en deeltijdmedewerkers is zonder objectieve rechtvaardiging niet toegestaan (art. 7:648 lid 1, 2 BW). De arbeidsvoorwaarden moeten zo worden berekend, dat voltijders en deeltijders tegenover elkaar noch worden benadeeld, noch bevoordeeld.⁶⁹⁸ Onderscheid tussen voltijders en tijdelijke contractanten behoeft eveneens een objectieve rechtvaardiging (art. 7:649 lid 1 BW).

De CGB oordeelt dat een organisatie verboden onderscheid maakt door 24 en 31 december als vrije dagen in te roosteren.⁶⁹⁹ Bij zowel voltijdwerkers als bij deeltijdwerkers worden twee ATV-dagen ingehouden. Deeltijders bouwen naar rato van de omvang van de arbeidsduur ATV op. Net zoals voor de voltijders, wordt ook bij hen per collectieve ATV-dag een volledige ATV-dag ingehouden. Dat is ook het geval wanneer de collectieve ATV-dag op een dag valt waarop de deeltijder normaal gesproken niet zou werken.

693 Wet van 23 november 1995, *Stb.* 1995, 598, houdende bepalingen inzake de arbeids- en rusttijden. Geers & Heerma van Voss 1996, p. 37.

694 Vraagtekens zijn te plaatsen bij de meerwaarde van dit artikel. Zondag 2003, p. 28-30.

695 Wet van 19 februari 2000, *Stb.* 2000, 114, houdende regels inzake het recht op aanpassing van de arbeidsduur. De Wolff 2000, p. 107.

696 Loonstra & Zondag 2010, p. 271. Van der Heijden denkt daar anders over. Door de regelgeving in de Atw steeds verder te verfijnen en door 'tot enkele cijfers achter de komma aan te geven wat onder persoonlijke omstandigheden is te verstaan', wordt volgens hem de flexibiliteit voor de werkgever in de ad hoc situatie sterk vermindert. Van der Heijden 2002.

697 Zondag 2003a, p. 19.

698 Het vergelijken van arbeidsvoorwaarden kan tot ingewikkelde berekeningen en verschillende inzichten leiden. Zie: CGB 30 maart 2004, 2004-34 (Kostwinnersfranchise 1) versus Rb. Maastricht 6 juli 2005, AT 8795 (Kostwinnersfranchise 2). CGB 20 februari 2008, 2008-20 (Functiewaardering 1) versus Hof Den Haag 21 december 2010, AR 2011/0112 (Functiewaardering 2). Zie ook: Bakels, Asscher-Vonk & Bouwens 2009.

699 CGB 2 augustus 2001, 2001-71 (Vrij met kerst).

Zondag en religieuze feestdagen

Op de eerste dag van de week mag de werknemer in beginsel geen arbeid verrichten. De werkgever mag slechts arbeid op zondag vergen als dit uit de aard van de arbeid voortkomt en dit met de werknemer is overeengekomen (art. 5:6 lid 1 Atw). Daarnaast kunnen de bedrijfsomstandigheden arbeid op zondag noodzakelijk maken. De werkgever moet daartoe overeenstemming met het betreffende medezeggenschapsorgaan of, bij het ontbreken daarvan, met de belanghebbende werknemers hebben bereikt. De individuele werknemer moet in deze omstandigheden met arbeid op zondag voor dat geval instemmen (art. 5:6 lid 2 Atw). Als in een bedrijf wegens structurele bedrijfsomstandigheden op zondag wordt gewerkt, kan de werkgever ten behoeve van de inzetbaarheid van de werknemer bij de sollicitatie vragen naar de bereidheid op zondag te werken.⁷⁰⁰ Leidt een ontkennend antwoord tot een afwijzing, dan geniet de gewetensbezwaarde sollicitant bescherming op grond van art. 5 lid 1 Awgb.⁷⁰¹ De verplichte individuele instemming van de werknemer geldt ook voor een collectieve regeling waarin de werkgever kan afwijken van het voorschrift de arbeid zodanig te organiseren dat de werknemer op ten minste dertien zondagen in elke periode van 52 aaneengesloten weken geen arbeid verricht (art. 5:6 lid 3 Atw).

Het individuele weigeringsrecht staat in een context van een ontwikkeling waarin werken op zondag een maatschappelijk aanvaard fenomeen wordt.⁷⁰² Het voorheen in veel sectoren van de economie vanzelfsprekende niet werken op zondag moet van lieverlede op de werkgever gaan worden bevochten.⁷⁰³ Voor een orthodox-protestantse tendensinstelling hoort niet werken op zondag bij de identiteit. In voorkomende gevallen zal vooral op de uitzondering over de aard van de arbeid worden teruggegrepen. De zondagse erediensten van een kerkgenootschap, waarbij predikant, koster en organist werkzaamheden verrichten, zijn een voorbeeld van arbeid die naar de aard aan de zondag is verbonden. Ook van een verpleegkundige in een zorginstelling zal in de regel zondagsarbeid worden verwacht. Een beroep op een bedrijfseconomische motivering is minder goed denkbaar, omdat daarmee de orthodox-protestantse identiteit aan geldelijke belangen ondergeschikt wordt gemaakt.

Het kan echter voorkomen, dat een tendensinstelling moet tegemoetkomen aan de wens van de werknemer vrij te nemen voor een religieuze rustdag die niet met de identiteit van de instelling strookt. In het voorbeeld van de orthodox-protestantse tendensinstelling kan een joodse werknemer vrijaf vragen voor de sabbat. De zondag als christelijke rustdag staat op één lijn met rustdagen van andere religies, zodat de werkgever een identieke afweging moet maken (art. 5.1 lid 1 Atw).⁷⁰⁴ De werknemer moet schriftelijk een daartoe strekkend verzoek tot de werkgever

700 Er kan zelfs sprake zijn van een informatieplicht, namelijk in het geval waarin werken op zondag kan worden beschouwd als belangrijk kenmerk van de functie. Zondag 2003a, p. 22.

701 Afgezien van de vraag naar de daadwerkelijke mate van bescherming. Zondag 2003, p. 37, 38.

702 Van Drongelen & Korver vragen zich af of het individuele instemmingsrecht nog betekenis heeft bij het bestaan van een collectieve regeling die van de norm afwijkt. Van Drongelen & Korver 2007, p. 49.

703 Onderzoek van de RMU bevestigt het beeld. Zondag 2003, p. 10. Zie ook: Schalk 2010.

704 Gemakshalve zijn de christelijke zevendedagsadventisten bij andere religies inbegrepen.

richten. Een beding met de strekking daarvan af te wijken, is nietig (art. 5.1 lid 2 Atw). De werkgever is niet verplicht vervangende arbeid op zondag aan te bieden.⁷⁰⁵ Verder kan ook het verschil tussen aard van de arbeid en bedrijfsomstandigheden verschil maken. Zo zal de werkgever arbeid op zondag meestal vanuit bedrijfsomstandigheden moeten motiveren. Werken op zaterdag of vrijdag zal daarentegen in de meeste gevallen tot de aard van de arbeid worden gerekend. Een werknemer die deze dag als rustdag wil benutten, zou zich zo geredeneerd niet op het 'instemmingsrecht per geval' kunnen beroepen.⁷⁰⁶

Behalve de zondag zijn er christelijke feestdagen. Deze hebben een oorsprong in het christelijke geloof, maar zijn tot algemeen aanvaarde vrije dagen geworden. Als zodanig gelden ze voor allen die aan de Nederlandse samenleving deelnemen, van welk geloof en van welke nationaliteit zij ook zijn. De meeste CAO's geven de werknemer vrijaf op deze dagen. Een andere mogelijkheid is dat de werkgever christelijke feestdagen zelf als collectieve vakantiedagen aanwijst.⁷⁰⁷ Mag de werkgever op een niet-christelijke feestdag die voor de werknemer een bijzondere religieuze betekenis heeft, diens arbeid verlangen? Uit bespreking van de jurisprudentie zal blijken dat de aanwezigheid op het werk in de regel in redelijkheid niet kan worden verlangd van de werknemer die tijdig tevoren, onder opgave van redenen, toestemming voor het opnemen van een vrije dag heeft gevraagd voor de viering van een voor deze belangrijke godsdienstige feestdag. Dit kan anders zijn als te verwachten valt dat de afwezigheid van de betrokken werknemer die dag de gang van zaken in het bedrijf ernstig verstoort. Of dit zo is, is van de omstandigheden van het geval afhankelijk. Niet uitgesloten mag worden geacht dat ook de identiteit van de werkgever een belemmering voor het opnemen van een vrije religieuze feestdag door de werknemer kan vormen. Zo staat een vergaande identificatie met de grondslag van de tendensinstelling als functie-eis haaks op het uiting geven aan een volstrekt afwijkende religieuze gezindheid door het opnemen van een feestdag van deze religie.

Een Jehova's getuige verschilt met zijn aanstaande werkgever van mening over de vraag wat op dinsdagavond voorrang zou moeten hebben, werkoverleg of de wekelijkse bijeenkomsten met zijn geloofsgenoten. De werkgever motiveert waarom het niet beschikbaar zijn voor het dinsdagavondoverleg zeer problematisch is. Het verzetten van het overleg is geen optie. Het gaat hier niet om een wekelijkse religieuze rustdag waarvoor dezelfde afweging als voor de zondag geldt. De CGB oordeelt dat van de werknemer een inschikkelijke opstelling wordt verwacht.⁷⁰⁸

Het belang van een beroep op godsdienst of levensovertuiging voor de toetsing door de CGB blijkt in het geval van een operator techniek/technician, die wordt ingeroosterd op de avond van Tweede Paasdag. De werknemer maakt aanspraak op

705 Geers & Heerma van Voss 1996, p. 50.

706 Zondag 2011, p. 12.

707 Zo merkt art. 5 Verlofregeling gemeente Staphorst (ambtenarenrecht), in werking getreden op 1 januari 2010, de bid- en dankdag (weer) als extra verlofdag aan. In zijn vergadering van 9 november 2010 roept de raad het college van burgemeester en wethouders op in het GO te bewerkstelligen dat deze verlofdagen voortaan als verplichte roostervrije dag gaan gelden, waardoor de extra verlofdagen zouden komen te vervallen.

708 CGB 9 juli 2002, 2002-86 (Werkoverleg Jehova's getuige). Vermeulen & Zoethout 2003, p. 72.

het doorbrengen van deze christelijke feestdag met zijn familie. De CGB verklaart zich niet bevoegd, omdat de man geen godsdienstige redenen aanvoert en zijn mening niet op een levensovertuiging stoelt. Om die reden is geen door de Awgb beschermde grond in het geding.⁷⁰⁹ Een werknemster van OAD Reizen doet wel met succes een beroep op haar geloofsovertuiging niet op zondag te hoeven werken.⁷¹⁰ Het belang dat de touroperator bij de beschikbaarheid op zondag heeft, gelet op de invulling van het werk en de organisatorische mogelijkheden van de werkgever, weegt niet tegen dat belang op.

De kantonrechter Rotterdam verbiedt warenhuis De Bijenkorf een werknemer zonder haar instemming te verplichten op zondag te werken.⁷¹¹ Gelet op het in de Atw verankerde individuele recht arbeid op zondag te weigeren, kan de weigering niet worden aangemerkt als weigering aan een redelijk verzoek te voldoen of op een redelijk voorstel in te gaan (Taxi Hofman-criterium).

Jurisprudentie op het vlak van het sociale zekerheidsrecht laat zien dat de druk om arbeid op zondag te verrichten evenwel toeneemt. Het individuele weigeringsrecht in de Atw laat onverlet dat de rechtbank Den Bosch vonnist dat een zo beperkt mogelijk beroep op een uitkering met zich brengt dat een werkzoekende werk op zondag redelijkerwijs moet accepteren.⁷¹² Op godsdienst of levensovertuiging berustende gewetensbezwaren kunnen aan deze afweging bovendien niet afdoen. Inhoudelijk roept dit de vraag op of het bereik van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging zo geen erg smalle basis krijgt. Het voorkomen van een beroep op een arbeidsongeschiktheidsregeling prevaleert immers zonder nadere afweging boven het zware belang van een werkzoekende die zich op een fundamenteel, grondwettelijk beschermd recht beroept. De beperking 'behoudens ieders verantwoordelijkheid boven de wet' krijgt wel een bijzonder ruim toepassingsbereik wanneer een beroep op een grondwettelijk beschermd belang zonder nadere motivering terzijde kan worden gesteld.

Een grote stap in de erkenning van de waarde van niet-christelijke feestdagen vormt begin jaren tachtig van de twintigste eeuw het Inan-arrest van de Hoge Raad. Hayriye Inan vraagt van haar werkgever De Venhorst een snipperdag om het islamitische Suikerfeest te mogen vieren. Hoewel het verzoek wordt afgewezen, blijft Inan op de bewuste dag thuis. Na het zoet komt het zuur. Ontslag volgt. In cassatie oordeelt de Hoge Raad, na te hebben vastgesteld dat christelijke feestdagen tot algemeen aanvaarde vrije dagen zijn geworden en daarmee niet op een lijn vallen te stellen met andere religieuze feestdagen.⁷¹³

'Echter zal – daargelaten specifieke regelingen in arbeidsvoorwaarden – in de regel de

709 CGB 2 november 2010, 2010-160 (Vrij op Tweede Paasdag).

710 CGB 2 februari 2012, 2012-24 (OAD Reizen).

711 Ktr. Rotterdam 26 januari 2006, JIN 2006/143 (m.n. Zondag) (Zondagswerk De Bijenkorf).

712 Rb. Den Bosch 9 oktober 2006, LJN: AZ0502 (Accepteren zondagswerk). Evenals de wens niet te werken op een zondag niet altijd wordt gehonoreerd, wordt de wens niet te werken op een niet-christelijke rustdag in het sociale zekerheidsrecht niet altijd gehonoreerd. CRvB 12 juli 2006, RSV 2006/294 (Verkoper Schiphol). Zie ook de ambtenarenzaken CRvB 3 november 1994, TAR 1995/4 (Pallas College II) en Rb. Den Haag 2 september 1993, TAR 1993/234 (Pallas College I).

713 HR 30 maart 1984, NJ 1985/350 (De Venhorst/Inan).

aanwezigheid op het werk in redelijkheid niet kunnen worden verlangd van de werknemer die tijdig tevoren, onder opgave van redenen, toestemming voor het opnemen van een snipperdag heeft gevraagd voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag. Dit zal anders kunnen zijn indien te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf van de werkgever ernstig zou worden geschaad door de afwezigheid van de betrokken werknemer op die dag. Of dit laatste afwijking van vorenbedoelde regel wettigt, zal naar de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.'

Kritiek op de uitspraak komt van Verhulp en Zondag, en wel vanwege het feit dat de betekenis van het grondrecht waarop een beroep wordt gedaan, in het vage blijft. In plaats van de vuistregel te hanteren dat beoordeling afhangt van de mate waarin de gang van zaken bij de werkgever ernstig schade lijdt, zou de Hoge Raad er beter aan doen expliciet uit te spreken of het kunnen bijwonen van een religieus feest onder het grondrecht godsdienstvrijheid moet worden begrepen en op welke wijze dit grondrecht vervolgens betekenis toekomt in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Ook voor andere voorschriften zou dat moeten gelden.⁷¹⁴

Een religieus gemotiveerd verzoek om een vrije dag moet serieus zijn te nemen.⁷¹⁵ De Macedoniër Kostaski wordt op zijn salaris gekort omdat hij ongeoorloofd afwezig is van zijn werk. De nationale rechter wijst een beroep op het feit dat de betreffende dagen wettelijk als officiële feestdagen voor moslims zijn aangewezen, af. De werknemer manifesteert zich in alle opzichten als christen. Ook het EHRM stelt Kostaski in het ongelijk. Op hem rust de plicht in enige mate met bewijzen te staven dat hij moslim is, nu hij een speciaal recht voor aanhangers van deze religie claimt. Zondag wijst in zijn noot bij dit arrest op de context van de arbeidsovereenkomst, waarbij contracten specifieke verplichtingen en rechten voor de werkgever en de werknemer kunnen bevatten. Een eventuele inbreuk op art. 9 EVRM is in deze context noodzakelijk en niet disproportioneel.

4.4.5 Conclusie

Gedurende de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer met instructies (voorschriften), arbeidsvoorwaarden (afspraken) en arbeidsomstandigheden te maken. Aspecten van identiteit lenen zich goed voor invulling door middel van voorschriften, zeker wanneer deze de samenhang van de arbeidsorganisatie dienen. Voor de grenzen van het instructierecht is de hoedanigheid van het zijn van een tendensinstelling een relevante factor. Het stellen van collectieve regels benadrukt de institutionele kanten van de arbeidsorganisatie en kan het niveau van het contract overstijgen. Daarnaast moet identiteit in de arbeidsvoorwaarden tot uitdrukking komen. De tendensinstelling kan en moet zo het verband tussen identiteit en functie-eisen tot uitdrukking brengen. Het terrein van de arbeidsvoorwaarden is breed. Dit is te meer het geval wanneer het in samenhang wordt gezien met arbeidsom-

⁷¹⁴ Verhulp 1999, p. 54. EHRM 13 april 2006, 55170/00, *JIN* 2006/360 (m.n. Zondag) (Kostaski/Macedonië).

⁷¹⁵ EHRM 13 april 2006, 55170/00, *JIN* 2006/360 (m.n. Zondag) (Kostaski/Macedonië).

standigheden, zoals bij de wetgeving inzake gelijke behandeling. Naarmate de afspraken meeromvattend zijn, neemt de ruimte voor het geven van voorschriften af.

Geld en tijd zijn de twee basale primaire arbeidsvoorwaarden. De tendensinstelling kan identiteit deel van de beloning laten uitmaken. De ruimte hiervoor is beperkt, afgezien dan van het gegeven dat bij een specifieke functie die nauw met de identiteit is verweven, een zekere beloning hoort. Een denkbaar voorbeeld is het laten meewegen van activiteiten die verband met de identiteit houden. Zowel de beloning als de sanctie zullen een evenredig verband moeten houden met de zwaarte van de identiteitscomponent in het geheel van de functie. Het arbeidsrecht laat de tendensinstelling geen ruimte man en vrouw ongelijk te behandelen, of het moet zijn met het oog op het beschermen van de vrouw, in het bijzonder in verband met zwangerschap en geboorte. Een beloningsbeleid moet verder niet in strijd met de verbodsgronden van de Awgb zijn.

Voor de beoordeling van de rechtspositie van de werknemer ten aanzien van de werktijd zijn met name van belang de zondag, of een wekelijkse religieuze vierdag die daaraan is gelijkgeschakeld, en de christelijke en andere religieuze feestdagen. De tendensinstelling die werknemers op zondag of een religieuze vierdag wil laten werken, moet een beroep op de aard van de arbeid doen. Voor de vrijdag of de zaterdag zal dat sneller het geval zijn dan voor de zondag. Een beroep op bedrijfsomstandigheden vereist individuele toestemming van de werknemer. De vraag kan worden gesteld hoe het respect voor en zeker het onderschrijven van de identiteit van de tendensinstelling zich tussen een uiteenlopende visie tussen werkgever en werknemer over de rustdag verhoudt. Weliswaar is het opnemen van een wekelijkse religieuze rustdag, mits de aard van de arbeid daaraan niet in de weg staat, een wettelijk recht. Een hiermee strijdig beding is nietig. Maar wanneer het respecteren van de identiteit een identiteitseis is, staat het houden van een andere rustdag dan die waarop in de tendensinstelling niet wordt gewerkt daarmee op gespannen voet. Het onderschrijven van de identiteit is daarmee zonder meer onverenigbaar.

Dezelfde overwegingen van identiteit gelden voor de christelijke en religieuze feestdagen. De ruimte voor de tendensinstelling hierin een eigen koers te varen, is groter dan ten aanzien van de zondag of daaraan wettelijk gelijk te stellen religieuze rustdag. De werkgever moet een onderbouwd verzoek om vrijaf serieus in overweging nemen. In de jurisprudentie komt de afweging van het gewicht van grondrechten, van belang vanwege de religieuze motivering van het gewenste vrijaf, in de toetsing aan normen van redelijkheid en billijkheid tot uiting. De betekenis van het grondrecht als zodanig binnen de begrenzing van arbeidsverhouding blijft daardoor onduidelijk. Zowel de werkgever als de werknemer hebben baat bij een afweging waarin de waarde van de grondrechten inzichtelijk naar voren komt.

4.5 Doorstroom: gedrag op het werk

4.5.1 Inleiding

In de fase van de doorstroom zal de werknemer de identiteit veelal als bezielend kader bij het nastreven van de doelstellingen van de tendensinstelling ervaren. Van iedere medewerker wordt immers binnen de begrenzing van de arbeidsverhouding gevraagd aan het verwezenlijken van de identiteit bij te dragen. Voor een tendensinstelling is dat van wezenlijk belang, omdat deze de bron van zijn kracht in het bijzondere van de eigen identiteit zoekt.⁷¹⁶ Vanuit deze invalshoek gaat deze paragraaf op het gedrag van de werknemer in. Na de bespreking van de inhoud van het begrip wenselijk gedrag komen achtereenvolgens uiterlijk, meningsuiting, omgangsvormen en internetgebruik aan bod. Verder kan de identiteit van de instelling ook raakvlakken met de privésfeer hebben. Het laatste aspect is verandering van identiteit.

4.5.2 Wenselijk gedrag

De cultuur van de arbeidsorganisatie is de weerslag van de interne beleving van de identiteit van een tendensinstelling. Het gedrag van de werknemer is hierbij een bepalende factor. Het stellen van eisen over verschillende gedragsaspecten om aan de identiteit van de instelling bij te dragen, staat in wisselwerking met de persoonlijke identiteit van de werknemer. Hierdoor kan een spanningsveld ontstaan, zeker wanneer de werknemer voor gedrag dat niet in lijn met de identiteit van de werkgever is, een beroep op grondrechten doet.

Wenselijk gedrag valt te definiëren door vast te stellen wat de uiterste grenzen zijn van te tolereren gedrag. Een minimale voorwaarde aan gedrag op het werk is een verbod op pertinent onwenselijk gedrag, wangedrag.⁷¹⁷ Wangedrag vertegenwoordigt een spectrum van gedragingen dat, een zekere bandbreedte in acht genomen, dusdanig onacceptabel is dat er een rechtstreeks verband met opsporing en sanctionering ligt.⁷¹⁸ Dit gedrag heeft een destructief karakter. De vraag wanneer in een concreet geval van wangedrag sprake is, valt op voorhand niet te beantwoorden. De gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer en het bijbehorende aan de werkgever toekomende instructierecht impliceren dat de werkgever een zekere beoordelingsvrijheid toekomt. De tendensinstelling heeft echter meer wensen dan het uitblijven van wangedrag. Van de werknemer wordt een constructieve houding verwacht die aan een goede vervulling van diens functie bijdraagt en die de arbeidsorganisatie als geheel ten goede komt. Het stellen van eisen aan het gedrag door middel van voorschriften en afspraken moet hierover duidelijkheid bieden.

⁷¹⁶ Zie ook: Van Nijen 2003, p. 100.

⁷¹⁷ Koevoets 2006, p. 5.

⁷¹⁸ Een gedraging die onder een strafrechtelijke delictsomschrijving valt, valt uit de aard van de zaak ook aan te merken als wangedrag.

In uiterlijk, meningsuiting, omgangsvormen en internetgebruik komen aspecten van gedrag naar voren die voor de tendensinstelling van belang zijn. Vanuit het perspectief van grondrechten laat de keuze voor uiterlijk, meningsuiting en omgangsvormen zich verklaren door het gegeven dat het beginsel van gelijke behandeling (art. 1 GW), de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging (art. 6 GW), de vrijheid van meningsuiting (art. 7 GW) en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 GW) hierbij een grote rol spelen.⁷¹⁹ Binnen de grondwettelijke begrenzingen op genoemde terreinen kan een tendensinstelling het gedrag op het werk reguleren. De rechtspraak en de oordelen van de CGB geven inzicht in de begrenzingen. De benadering van internetgebruik biedt aansluitend een voorbeeld van de noodzaak tot doordachte regulering en toezicht op naleving van door de werkgever gestelde voorschriften. Dan vormt de bespreking van internetgebruik de overstap naar de afbakening van werk en privé, waarbij de vraag naar de reikwijdte van het eerbiedigen van de persoonlijke levenssfeer zich weer doet gelden. Als laatste onderwerp in deze paragraaf legt het thema verandering van identiteit de brug tussen doorstroom en uitstroom.

Een verkenning van de sturingsmogelijkheden op de genoemde terreinen verschaft ook inzicht over het reguleren van vormen van gedrag die minder nauw verband met de identiteit houden, of waarbij minder snel sprake is van een beroep door de werknemer op fundamentele rechten en vrijheden om afwijkend gedrag te rechtvaardigen.

4.5.3 Uiterlijk

Kleding

Zaken die in arbeidsverhouding op de uiterlijke verschijning van de werknemer betrekking hebben, vallen onder de noemer representatie. Voor de tendensinstelling is representatie een wezenlijk bestanddeel van de cultuur van een arbeidsorganisatie. Achtereenvolgens krijgen kleding, sieraden en versierselen en haardracht behandeling. De wens van de werkgever op deze drie aspecten van representatie in de arbeidsverhouding invloed uit te oefenen, kan botsen met de wens van de werknemer zo min mogelijk beperkingen te ondervinden in een zo persoonlijke aangelegenheid als de uiterlijke verschijning is.⁷²⁰

Op het vlak van representativiteit mag de werkgever het beeld van zijn organisatie naar buiten bepalen.⁷²¹ Voor het voorgestane imago gaat van het uiterlijk zeggingskracht uit. Tot op zekere hoogte mag een werkgever rekening houden met de opvattingen van het publiek of de klanten. De werkgever moet dan wel aannemelijk

⁷¹⁹ De juridische notie privacy vindt haar oorsprong in het Amerikaanse recht. Van daaruit heeft de term ingang gekregen in ons rechtssysteem. Niettemin worden naast het begrip privacy vaak de begrippen privéleven of persoonlijke levenssfeer gehanteerd. Meer hierover: Hendrickx 1999.

⁷²⁰ Het toenemende aantal vragen over kleding, haardracht en versierselen op het werk gaf vakcentrale FNV in 2002 aanleiding voor het verrichten van een inventarisatie, gevolgd door het opstellen van een checklist. Uiterlijk en werk 2002.

⁷²¹ Ktr. Rotterdam 3 augustus 1994, *JAR* 1994/206 (Oorbel en gym schoenen).

kunnen maken dat diens klanten bepaalde voorschriften betreffende representatie verlangen en dat deze een zwaarwegend bedrijfsbelang heeft daaraan tegemoet te komen.⁷²² De werkgever mag zich niet blindelings door de clientèle laten leiden. Imago en identiteit zijn geen blanco cheque voor het stellen van eisen aan representatie. Als de werknemer zich op een duidelijke schending van grondrechten beroept, heeft de rechter geen boodschap aan opvattingen van klanten.⁷²³ Daartegenover staat dat de tendensinstelling een zwaarwegend belang heeft om de identiteit ook in de kleding en andere aspecten van het uiterlijk tot uiting te laten komen.

Het stellen van kleding-eisen raakt onmiskenbaar aan fundamentele, grondwettelijk beschermde rechten. Zo is kleding die man en vrouw elk als zodanig kenbaar laat zijn een wezenlijk kenmerk van een orthodox-protestantse levensstijl.⁷²⁴ In de arbeidsorganisatie van een reformatische tendensinstelling kan dit verschil doorwerken door een verbod voor vrouwen op het werk in broek of daaraan verwante kledingstukken te verschijnen. Het kledingvoorschrift leidt dan tot onderscheid op basis van geslacht. Voor het betreffende verbod moet derhalve een objectieve rechtvaardiging vallen aan te voeren. Kleding-eisen die tot direct onderscheid leiden moeten tot een wettelijke uitzonderingsgrond zijn te herleiden. Neutrale kleding-eisen die tot indirect onderscheid leiden, moeten aan een werkelijke behoefte voldoen, ze moeten passend zijn en noodzakelijk. Voor het genoemde voorbeeld stellen Van Grinsven & Geugjes resoluut dat het verbod op het dragen van een lange broek niet door de beugel kan.⁷²⁵ De toetsing door de CGB en zeker door de rechter doet meer recht aan op maat gesneden afwegingen.

Uit de CGB-oordelen blijkt het uitgangspunt van een duidelijke en precieze onderbouwing door de werkgever van de functionaliteit en noodzaak van kleding-eisen. Zo kan een boekhandel niet volstaan met het voorschrijven van een rok of jurk, blouse, panty's en nette schoenen voor vrouwen, door eenvoudig aan kledingvoorschriften voor luchtvaartpersoneel te refereren, die het dragen van een pantalon door vrouwen als niet representatief bestempelen.⁷²⁶ Een ziekenhuis dat uit overwegingen van infectiepreventie voor vrouwelijk personeel alleen broeken in het kledingassortiment heeft, moet van de CGB toestaan dat een islamitische doktersassistente een lange rok of ruimvallende jurk draagt die haar lichaamsvormen verhult. Het ziekenhuis verstrekt medewerkers met afwijkende maten en zwangere medewerkers aparte kleding. Niet valt in te zien dat een industrieel te reinigen lange rok een onaanvaardbare logistieke belasting zou vormen voor de onderneming.⁷²⁷

De functionaliteit van kledingvoorschriften in verband met het vervullen van de functie treedt minder sterk naar voren wanneer het verwezenlijken van de grondslag het criterium van toetsing is. Dat is het geval bij instellingen van bijzon-

722 Van Steenberghe 2006, p. 49.

723 Van Steenberghe 2006, p. 47.

724 Voor dit onderscheid wordt nogal eens Deuteronomium 22:5 (Statenvertaling) geciteerd: 'Het kleed eens mans zal niet zijn aan een vrouw, en een man zal geen vrouwenkleed aantrekken; want al wie zulks doet, is den HEERE, uw God, een gruwel.'

725 Van Grinsven & Geugjes 2006, p. 42, 89.

726 CGB 25 april 2006, 2006-78 (Kledingvoorschriften boekhandel). Zie ook: CGB 25 mei 2010, 2010-80 (Zomerse driekwartbroek).

727 CGB 10 juni 2011, 2011-88 (Kledingvoorschriften ziekenhuis).

der onderwijs, waarvoor zoals eerder gesteld de marges om onderscheid te maken iets ruimer zijn. Toelaatbaar is een kledingprotocol voor elf rooms-katholieke basisscholen waarin is opgenomen dat geen kleding mag worden gedragen die expliciet aan een andere godsdienst refereert dan de katholieke. In de motivering kan de CGB bij het toetsen van de noodzaak van de eis meegaan in de stelling van het schoolbestuur dat de scholen als geheel de katholieke grondslag moeten uitdragen. De medewerkers moeten de grondslag respecteren. De ouders van leerlingen moeten de grondslag in ieder geval respecteren.⁷²⁸ Een protestants-christelijke school mag soortgelijke regels stellen.⁷²⁹

Een consequente hantering van kledingeisen is altijd een vereiste. Een volgens de CGB niet-consequente opstelling breekt zich voor een rooms-katholieke school die een algemeen verbod op het dragen van hoofddeksels hanteert. De CGB overweegt dat de school alleen hoofddoeken verbiedt, de concrete aanleiding voor de procedure, en geen andere kleding of attributen die in strijd met de katholieke religie zijn. Bovendien heeft de school ook nog eens de indruk gewekt dat het verbod op het dragen van een hoofddoek geen verband met de katholieke identiteit houdt.⁷³⁰

Naarmate het accent van de functionaliteit meer naar het imago verschuift, kent de CGB een zwaarder gewicht aan het belang van de werknemer toe. De werkgever die met het oog op het imago kledingeisen stelt, krijgt al snel het verwijt voor bekrompen opvattingen te zwichten. Een instelling voor maatschappelijk werk die een moslim een stageplaats weigert toe te kennen, omdat de vrouw door haar uiterlijke verschijning, waaronder een als 'zwaar' aangemerkte hoofddoek, de neutrale identiteit zou schaden, moet van de CGB maar leren omgaan met de mogelijke effecten van uiterlijke verschijning op de clientèle.⁷³¹ Dezelfde redenering wordt gevolgd ten aanzien van de gemeente Rotterdam, die een moslim onder meer vanwege diens religieuze kledestijl afwijst voor de functie van de klantmanager. Volgens de gemeente vereist het neutrale imago van de gemeente dat kleding geen invloed mag hebben op de functionele relatie met klanten. Onder andere de religieus geïnspireerde kleding zou de afgewezen kandidaat kwetsbaar hebben gemaakt in het functioneren als klantmanager. De CGB oordeelt echter dat er sprake is van direct en verboden onderscheid op grond van godsdienst.⁷³² In het vermelde oordeel over de islamitische doktersassistentie die geen lange broek wil dragen, stelt de CGB dat het ziekenhuis niet aannemelijk weet te maken dat uitsluitend het dragen van een lange broek in combinatie met het jasje van de bedrijfskleding noodzakelijk is voor de herkenbaarheid en een uniforme uitstraling van de medewerkers. Een witte lange rok in combinatie met het witte jasje met het bedrijfslogo kan voldoende herkenbaar zijn en hoeft geen afbreuk te doen aan de uniforme uitstraling van het personeel.⁷³³ Een verbod op hoofddoeken en keppels, waarmee een beveiligingsbedrijf op een luchtha-

728 CGB 14 april 2009, 2009-29 (Kledingregels katholieke basisscholen). Zie ook: CGB 15 oktober 2008, 2008-121 (Hoofddoekverbod katholieke school).

729 CGB 16 april 2007, 2007-61 (Kledingregels Ede).

730 CGB 7 januari 2011, 2011-2 (Kledingregels Volendam I).

731 CGB 30 november 2004, 2004-153 (Kleding moslimstagiaire).

732 CGB 5 oktober 2006, 2006-202 (Moslim-klantmanager Rotterdam I). Anders: Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, JAR 2008/234 (Moslim-klantmanager Rotterdam II).

733 CGB 10 juni 2011, 2011-88 (Kledingvoorschriften ziekenhuis).

ven een strikt neutraal imago wil waarborgen, toch een werkomgeving waarin een neutrale uitstraling niet noodzakelijkerwijs als overbodige luxe mag worden beschouwd, dient volgens de CGB een discriminerend doel. De werkgever zou met dit kledingvoorschrift op vooringenomenheid en vooronderstellingen anticiperen.⁷³⁴

In de oordelen over kleding-eisen betreft de CGB ook maatschappelijke opvattingen in de afweging. Zo overweegt de CGB ten aanzien van mannelijke postbodes die zich erover beklagen dat zij, anders dan hun vrouwelijke collega's, niet in een bermuda de post mogen bezorgen, dat geen werkgever in Nederland hoeft te tolereren dat mannelijke werknemers een rok dragen.⁷³⁵ De aanhoudende reeks incidenten en geschillen over de kleding van moslims, met name betreffende de hoofdbedekking, laat echter zien dat maatschappelijke opvattingen geen eenduidig, boven iedere twijfel verheven objectief criterium bieden voor het beoordelen van de toelaatbaarheid van kledingvoorschriften voor de concrete werksituatie. Als het gaat om het duiden van de maatschappelijke opvattingen, kent de CGB groot gewicht toe aan de vrijheid van werknemers door hen gewenste kleding te dragen.⁷³⁶

Tot besluit overweegt de CGB in verschillende oordelen dat kledingvoorschriften voor mannen en vrouwen in dezelfde werkomstandigheden gelijk dienen te gelden. Afwijkende representativiteitseisen zijn niet toegestaan. Wanneer er al afwijkende kleding-eisen gelden, moet de motivering in fysieke verschillen tussen mannen en vrouwen worden gezocht die het onderscheid nodig maken.⁷³⁷

Bij elkaar wijzen de oordelen van de CGB uit dat kleding-eisen een aantoonbaar en noodzakelijk verband met de functie moeten houden. Ze dienen ondubbelzinnig te zijn, bij iedereen bekend te zijn, voor iedereen te gelden en consequent te worden toegepast. Voor instellingen van bijzonder onderwijs is de maatvoering ruimer, omdat het verwezenlijken van de grondslag het toetsingscriterium is. Het voorgestane imago speelt in de optiek van de CGB een relatief ondergeschikte rol in verhouding tot de belangen van de werknemer. Een lastig te objectiveren factor is de weging van maatschappelijke opvattingen. In de oordelen neigt de CGB ernaar maatschappelijke opvattingen zo uit te leggen dat de werknemer een grote vrijheid toekomt bij de keuze voor de te dragen kleding. Kleding-eisen die onderscheid maken tussen mannen en vrouwen, staan al snel op gespannen voet met het beginsel van gelijke behandeling.

734 CGB 31 oktober 2006, 2006-217 (Totaalverbod hoofdbedekking). Zie voor een uitvoerig overzicht van juridische procedures over hoofddoekjes: *Schurende relaties* 2007, p. 39-53.

735 CGB 17 juni 1999, 1999-56 (Kledingvoorschriften postbodes). Van Steenberghe: '(...) in het huidige tijdsbestel en bij de maatschappelijke omstandigheden van tegenwoordig zal geen weldenkend mens ook maar enig bezwaar maken tegen een lange broek als kledingstuk voor vrouwen'. Van Steenberghe 2006, p. 49. Ten aanzien van vrouwen die zich in een burka willen hullen, bestaan kennelijk wat grotere maatschappelijke reserves. De CGB noemde 2006 'een goed burka-jaar'. *CGB Jaarverslag* 2006, p. 61. Zie over de discussie over een mogelijk landelijk verbod op het dragen van dit gewaad: *CGB Oordelenbundel* 2011, p. 19, 20. Vermeulen & Overbeek 2011, p. 140, 141.

736 Als aanknopingspunt bij het bepalen van rechtens toelaatbare voorschriften dienen het CGB-advies *Gezichtssluiers en hoofddoeken op school* en de op basis daarvan door de minister van Onderwijs opgestelde *Leidraad kleding op scholen*. Zie voor *Gezichtssluiers en hoofddoeken op school*: <<http://www.cgb.nl>>, onder publicaties, adviezen. *NJB* 2003, p. 1003-1004. De tekst van de *Leidraad kleding op scholen* is te vinden in Cremers-Hartman 2003, p. 358-363. Vermeulen 2003, p. 80.

737 CGB 25 april 2006, 2006-78 (Kledingvoorschriften boekhandel). Zie ook: CGB 25 mei 2010, 2010-80 (Zomerse driekwartbroek).

Kadert de CGB kledingvoorschriften strikt in, in de jurisprudentie is de maatvoering ruimer. Het uitgangspunt is dat kledingvoorschriften niet ongebruikelijk zijn. Niet alleen vanuit functionele overwegingen met betrekking tot de interne arbeidsorganisatie, maar ook voor externe doeleinden kan de werkgever kledingvoorschriften stellen. Zo merkt de kantonrechter Den Haag het nastreven van een bepaald imago als deel van de marktstrategie als legitiem doel aan. Het voorschrijven van bedrijfskleding kan niet als een onaanvaardbare aantasting van het privéleven van de werknemer worden beschouwd.⁷³⁸ Opgemerkt dient te worden dat het invoeren van grondrechten wel binnen de context van de arbeidsverhouding staat. Hierin is het privacyrecht sneller aan beperkingen onderhevig dan de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, ten aanzien waarvan werk en privé minder eenvoudig kunnen worden gescheiden. Aan de motivering voor het voorschrijven van bedrijfskleding zullen dan ook strengere eisen worden gesteld wanneer de werknemer een beroep doet op een godsdienstig gefundeerd bezwaar, dan op overwegingen van persoonlijke voorkeur.

Evenals de CGB betreft de rechter maatschappelijke opvattingen bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van kledingvoorschriften. In hoger beroep in de zaak over het mogen dragen van bermuda's door postbodes vonnist de rechtbank Den Haag dat PTT Post bij het met kledingvoorschriften nastreven van een imago waarvan degelijkheid en een zekere mate van representativiteit kenmerken zijn, rekening met de heersende maatschappelijke opvattingen mag houden.⁷³⁹ Daar waar de CGB maatschappelijke opvattingen overwegend naar vrijheid voor de werknemer vertaalt, heeft de rechtbank meer oog voor de opvattingen van de werkgever. Zo motiveert de kantonrechter Heerenveen ten aanzien van een bank die een vrouw verplicht in jurk of rok met bloes naar het werk te komen, dat aan zijn oordeel niet afdoet dat een lange broek als kledingstuk voor vrouwen maatschappelijk algemeen is aanvaard. Een verbod op het dragen van een lange broek door vrouwen is niet onredelijk, omdat er andere redelijke alternatieven tegenover staan. Het belang van de werkgever bij naleving van de eisen ten aanzien van in het bedrijf te dragen kleding weegt voor de kantonrechter zwaarder dan het belang van de werknemer in afwijking daarvan naar eigen voorkeur gekleed te gaan. De kantonrechter gaat zover het als irrelevant te benoemen of de betreffende werknemer al dan niet rechtstreeks contact met de klanten heeft. De werkgever kan 'gewoon' op het punt van een bepaalde zakelijke of huis-eigen stijl van kleden dan wel een zekere mate van uniformiteit daarin eigen regels stellen.⁷⁴⁰

Een consequente, duidelijke en helder gecommuniceerde lijn met betrekking tot het stellen van kledingvoorschriften blijkt uit de jurisprudentie daarbij een vereiste te zijn. In een zaak over een kledingvoorschrift in een ziekenhuis, waarin een islamitische werknemer onder de bedrijfskleding met korte mouwen een kledingstuk met lange mouwen wil dragen, wijst de rechtbank Den Bosch op de

738 Ktr. Den Haag 18 augustus 2005, *JAR* 2005/212 (Bedrijfskleding Gall&Gall). Terzijde, ter zitting is waargenomen dat de gewraakte kleding 'een zekere ambachtelijke uitstraling heeft, niet modieus, maar zeker niet onwelgevoelig'. De (zachtgele) bloes zou volgens de werknemer echter enigszins doorschijnend zijn en de (bordeauxrode) sloof zou niet staan bij een korte rok.

739 Rb. Den Haag 23 mei 2001, *JAR* 2001/124 (Kledingvoorschriften postbodes II).

740 Ktr. Heerenveen 8 oktober 1985, *NJ* 1986/506 (Kledingvoorschriften Bank Oldeberkoop).

noodzaak van een consequent gehanteerd beleid dat voor alle medewerkers kenbaar is. Voor het ziekenhuis wreekt zich het gebrek aan een eenduidig beleid voor de totale arbeidsorganisatie, terwijl evenmin is gebleken dat het per afdeling kennelijk verschillende beleid op duidelijke wijze naar de medewerkers toe wordt gecommuniceerd. Hierdoor ontstaat voor de werknemers een onduidelijke situatie die gevoelens van willekeur kan oproepen.⁷⁴¹ Afgezien van de consequente gedragslijn valt op dat de rechtbank zich niet in een gedetailleerde beschouwing over de functionaliteit van de kleding en de noodzaak van de voorschriften verliest. Anders dan de vergaande inhoudelijke bemoeienis van de CGB in het hiervoor genoemde oordeel over kledingseisen in verband met infectiepreventie, lijkt de rechtbank het ziekenhuis meer ruimte te gunnen bij het stellen van voorschriften.

Het oordeel van de CGB over de rooms-katholieke school die niet consequent zou zijn bij het stellen van kledingvoorschriften, heeft een vervolg gekregen voor de rechter. Voor de kantonrechter Haarlem houdt het hoofddoekverbod wel stand. Van emotionele en politieke invloeden ontdaan, kan de slotsom voor de kantonrechter geen andere zijn dan dat de school weliswaar een ander besluit had kunnen nemen, maar dat de school het genomen en gehandhaafde besluit kan nemen op basis van haar (katholieke) grondslag die met zich meebrengt dat uitingen van een ander geloof binnen de school niet worden aanvaard. Met inperking van de vrijheid van meningsuiting of met discriminatie op basis van geloof heeft dat niets van doen. Met dat standpunt miskent de leerlinge volgens de kantonrechter dat zij met haar eis haar geloofsovertuiging te mogen uiten, onvermijdelijk inbreuk maakt op de gevoelens van anderen, die menen het recht te hebben van dergelijke uitingen verschoond te blijven. Anders dan de CGB stelt de kantonrechter zich terughoudend op in de weging van de belangen. Het vinden van evenwicht tussen dergelijke conflicterende belangen is in een geval als het onderhavige primair een taak van de school. De rechter grijpt slechts in als geen redelijk oordelende school een dergelijk besluit had kunnen nemen. Zo'n situatie doet zich hier niet voor.⁷⁴² In hoger beroep volgt het hof Amsterdam de benadering van de kantonrechter.⁷⁴³ De rechter past volgens het hof grote terughoudendheid bij zowel de beoordeling of bepaalde eisen nodig zijn voor de verwezenlijking van die grondslag, als bij de uitleg van dergelijke eisen van godsdienstige of levensbeschouwelijke aard, alsmede bij de beoordeling of in een concreet geval aan dergelijke eisen is voldaan. Daarbij wijst het hof erop dat het criterium 'nodig' voor verwezenlijking van de grondslag minder verstrekkend is dan de toetsing aan het criterium 'noodzakelijk' door de CGB. Het hof stelt dat de CGB veel te ver gaat in de inhoudelijke beoordeling van de vraag hoe aan de identiteit invulling wordt gegeven.⁷⁴⁴ Het hof overweegt verder expliciet dat een school de vrijheid heeft een beleidslijn te wijzigen wanneer dat nodig blijkt te zijn voor het verwezenlijken van de identiteit. Tot slot geldt de beperkte taak van de rechter niet voor de toetsing of het beleid consequent, dus zonder willekeur wordt toegepast.

741 Ktr. Den Bosch 13 juli 2009, LJN: BJ2840 (Driekwartmouwen).

742 Ktr. Haarlem 4 april 2011, LJN: BQ0063 (Kledingregels Volendam II).

743 Hof Amsterdam 6 september 2011, LJN: BR6764 (Kledingregels Volendam III).

744 Het hof verwijst daarbij naar CGB-advies/2008/03, *Naar een discriminatievrije school*.

Sieraden en versierselen

Sieraden en versierselen vormen een wezenlijk onderdeel van individuele zelfexpressie.⁷⁴⁵ De kernelementen bij het stellen van eisen terzake zijn in drie groepen te verdelen. Het gaat om het stellen van eisen van representativiteit, professionaliteit en veiligheid, het innemen van een houding van redelijkheid in het licht van de aard van het werk, de branche en de maatschappelijke opvattingen en het waarborgen van gelijke behandeling. Deze elementen zijn in de jurisprudentie en in de CGB-oordelen terug te vinden.

Overwegingen van representativiteit, professionaliteit en veiligheid liggen ten grondslag aan het stellen van eisen over sieraden en versierselen. Alle drie elementen komen tot uiting in een rechtszaak over het dragen van een goudkleurige halsketting die tot halverwege de borst reikt, met daaraan een crucifix van naar schatting vijf centimeter lang. Een uit Egypte afkomstige conducteur draagt het sieraad als uiting van zijn koptische geloof.⁷⁴⁶ De kantonrechter Amsterdam vonnist dat het Gemeentelijk Vervoerbedrijf Amsterdam (GVB) medewerkers uit overwegingen van functionele herkenbaarheid, professionaliteit en veiligheid mag verbieden tijdens werktijd zichtbaar kettingen over het uniform te dragen.⁷⁴⁷ De kantonrechter heeft geen boodschap aan de religieuze motivering voor het dragen van het sieraad. Omdat het een algemeen verbod betreft kettingen over het uniform te dragen, is discriminatie naar geloof volgens de rechter niet aan de orde. Het staat medewerkers van het GVB vrij op andere gepaste wijze uiting aan hun geloof te geven, bijvoorbeeld door middel van een armband of ring met kruis. De kantonrechter veegt het beroep van de conducteur op de vrijheid van godsdienst kortweg aan de kant. Als het GVB onderscheid zou moeten maken tussen kettingen waaraan voor de drager wel en kettingen waaraan geen religieuze betekenis is verbonden, zouden anderen dat weer als discriminatie op grond van geloof kunnen beschouwen, zodat het eind zoek is. In hoger beroep vonnist het hof Amsterdam eveneens dat het GVB geen verboden onderscheid maakt op grond van de Awgb.⁷⁴⁸ Het bedrijf heeft geprobeerd de instructie zo veel mogelijk te verzachten, zodat het zich als goed werkgever heeft gedragen. Over het geloofsaspect redeneert het hof in het GVB-arrest dat het dragen van de ketting met het kruis over het uniform de zakelijke, uniforme en professionele uitstraling van de bedrijfskleding verstoort. Voor een hoofddoek, die in de bedrijfskleding is geïncorporeerd doordat deze de uniformkleuren heeft en van het GVB-logo is voorzien, geldt dit niet.⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ Versierselen vertrekken waar sieraden stoppen. Een tatoeage is geen sieraad, wel een versiersel.

⁷⁴⁶ Gedurende een periode van ruim tien jaar functioneerde de conducteur naar tevredenheid, terwijl hij zichtbaar een crucifix droeg.

⁷⁴⁷ Ktr. Amsterdam 14 december 2009, JAR 2010/3 (Koptisch crucifix I).

⁷⁴⁸ Hof Amsterdam 15 juni 2010, JAR 2010/179 (Koptisch crucifix II).

⁷⁴⁹ Het Hof schuift de fundamentele vergelijking tussen hoofddoek en crucifix in een enkele zin terzijde. Zeker vanuit de Egyptisch/Koptische achtergrond van de werknemer bezien, is het pijnlijk dat de hoofddoek, een door de islam voorgeschreven kledingstuk, zonder mankeren in de bedrijfskleding wordt geïncorporeerd, terwijl het crucifix, een koptisch sieraad, als verstorend wordt bestempeld. Een andere afweging was in deze zaak niet onmogelijk geweest, zowel ten aanzien van de toetsing van grondrechten als ten aanzien van de toetsing van de noodzakelijkheid van onverkorte toepassing van de betreffende voorschriften. In dezelfde zin: Vermeulen & Overbeeke 2011, p. 145. Zie ook: Zoethout 2010, p. 92-95.

Een afweging waarbij het element veiligheid een inhoudelijke afweging krijgt, is te vinden in een uitspraak van de voorzitter van de rechtbank Haarlem en een daaropvolgend oordeel van de CGB over het dragen van een dolk. Een Public Area Attendant van een hotel bij luchthaven Schiphol draagt onder zijn bedrijfskleding een in theorie mogelijk in contouren herkenbare kirpan, een religieus sieraad van de Sikhs. Onder motivering van hevige onrust onder personeel en gasten schorst het hotel de werknemer. De voorzitter van de rechtbank Haarlem stelt dat de kirpan niet is bedoeld om personen letsel toe te brengen.⁷⁵⁰ De dolk is niet scherper of puntiger dan een briefopener. De wijze waarop de dolk wordt gedragen, niet in het oog van de gasten maar onder de kleding en in de schede, draagt bij aan het gevoel dat uit dit sieraad geen bloed zal vloeien. Kortom, de veiligheid is gewaarborgd. De CGB overweegt over de veronderstelde hevige verontrusting dat deze mede op de wijze waarop de werkgever het personeel heeft ingelicht, lijkt terug te voeren. Het personeel had ook kunnen worden voorgelicht en gerustgesteld over de kirpan.⁷⁵¹

Redelijkheid en billijkheid begrenzen de bevoegdheid tot het geven van voorschriften aan sieraden en versierselen. De aard van het werk, de branche en maatschappelijke opvattingen spelen daarbij een rol. Zo acht de kantonrechter Rotterdam een verbod op het dragen van oorbellen door een supermarktedewerker in strijd met de redelijkheid, nu in brede lagen van de bevolking is aanvaard dat ook mannen oorbellen dragen en de werkgever niet aannemelijk heeft gemaakt dat het dragen van oorbellen onverenigbaar is met het vervullen van de functie winkelledewerker/vakkenvuller. De bedrijfsleider zijn in dit verband nooit klachten van klanten ter ore gekomen.⁷⁵² De verwijzing naar maatschappelijke opvattingen nopen de werkgever als het oorbellen betreft tot een in beginsel terughoudende opstelling.⁷⁵³ Het dragen van drie oorbellen door een medewerkster bij een kinderdagverblijf is in de ogen van de kantonrechter Utrecht, mede gelet op de aard van het werk en de branche, naar maatschappelijke opvattingen niet ongevoel of ongepast. De noodzaak van het doordacht en nauwkeurig formuleren van beleidsregels terzake blijkt uit de afweging van de kantonrechter dat de bewering van de werkgever dat het dragen van meer dan één oorbel per oor in strijd zou zijn met de hygiëne-eisen, is gesteld noch gebleken en ook niet aannemelijk is.⁷⁵⁴

De afweging van wat representatief, professioneel en veilig, maar ook nog redelijk is, kent geen standaardformule. In het ambtenarenrecht lijkt de Centrale Raad van Beroep (CRvB) de werkgever hierin meer ruimte toe te kennen dan de kantonrechters inzake de oorbellen. Zo schaaft de CRvB het verbod voor een politieagent in opleiding op het dragen van een piercing in de wenkbrauw onder de normale

750 Rb. Haarlem 18 maart 1997, *JAR* 1997/85 (Sikh I).

751 CGB 25 maart 1997, 1997-24 (Sikh II).

752 Ktr. Rotterdam 3 augustus 1994, *JAR* 1994/206 (Oorbel supermarktedewerker). Ten tijde van de uitspraak was ondernemer met de ondernemingsraad in gesprek of gym schoenen onder werktijd waren toegestaan, reden om ontslag op staande voet vanwege het overtreden van het nog niet bestaande verbod als niet geoorloofd aan te merken.

753 Gerlach & Maks constateren overigens naar aanleiding van het GVB-arrest dat er voor een werkgever weer meer mogelijk is om voorschriften over kleding en uiterlijk te stellen dan in de jaren negentig van de twintigste eeuw en de eerste jaren van de eenentwintigste eeuw. Gerlach & Maks 2010, p. 27.

754 Ktr. Utrecht 26 juni 2007, LJN: BA9409 (Drie oorbellen).

sturingsmiddelen van de werkgever in de interne arbeidsverhouding.⁷⁵⁵ Een expliciet beroep op grondrechten, dat in de zojuist genoemde rechtszaken over het dragen van oorbellen niet aan de orde kwam, wordt kort gemotiveerd terzijde gesteld. Daarbij voert de CRvB ook nog eens aan dat de piercing buiten werktijd kan worden gedragen.

Tot besluit benadrukt de CGB ten aanzien van eisen aan sieraden en versierselen dat deze niet tot verboden onderscheid mogen leiden. Het verbod van de Koninklijke Marechaussee voor uitsluitend mannelijke militairen een oorknopje te dragen, leidt tot verboden direct onderscheid.⁷⁵⁶ Een seksenutrale formulering hoeft volgens de CGB niet in de weg te staan aan een belangenafweging in individuele gevallen zoals dat ook ten aanzien van sieraden in het algemeen, en oorknopjes bij vrouwen in het bijzonder, mogelijk is. De operationele commandant houdt ruimte te beoordelen welke sieraden nog binnen de professioneel gewenste uitstraling passen en welke afbreuk doen aan de geloofwaardigheid van het gezag en derhalve het functioneren van de dienst.

Haardracht

Haar is de natuurlijke bekroning van representatie. In sterkere mate nog dan bij sieraden en versierselen is de haardracht onlosmakelijk met de persoonlijkheid verbonden. Uit overwegingen van veiligheid, hygiëne en representativiteit kan een werkgever sturend optreden. De afweging kost de nodige hoofdbrekens, waarbij meespeelt dat in de loop van de tijd de opvattingen over haardracht verschuiven. CGB-oordelen en jurisprudentie wijzen uit dat een beroep op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging voorschriften over haardracht al snel op losse schroeven zetten. Met inachtneming van maatschappelijke opvattingen komt de werkgever meer ruimte toe voor het stellen van eisen wanneer de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in stelling wordt gebracht.

Uit oordelen van de CGB blijkt dat de werkgever de haargrens al snel overschrijdt wanneer voorschriften een verbodsgrond van de Awgb raken. Een rastafari hoeft zijn dreadlocks, die hij vanwege zijn rastafarigeloof draagt, niet af te snijden, om voldoende representatief te kunnen optreden als assistent-storemanager in een winkel voor sportkleding en aanverwante artikelen. Het gegeven dat de dreadlocks van de medewerker gedurende het dienstverband indrukwekkend zijn gegroeid, maakt voor dit oordeel geen verschil.⁷⁵⁷ De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) streeft een neutrale uitstraling na om een zo veilig mogelijke omgeving voor asielzoekers te creëren. Het verbod op het dragen van een baard voor een hoor- en beslismedewerker die deze uit religieuze overwegingen draagt, is echter niet toegestaan.⁷⁵⁸ Ook de ongeknipte haren, baard en tulband van een medewerker van een

⁷⁵⁵ CRvB 7 april 2005, AW 3269/03, JIN 2005/293 (Wenkbrauwpiercing politieagent). Hoger beroep inzake: Rb. Amsterdam 26 mei 2003, AWB 02/449 AW. Het betreft een overweging ten overvloede, in aanmerking genomen dat in dit geval sprake was van een aanwijzing en geen rechtspositioneel besluit.

⁷⁵⁶ CGB 9 juni 1998, 1998-65 (Oorknopje Marechaussee).

⁷⁵⁷ CGB 30 augustus 2005, 2005-162 (Dreadlocks rastafari).

⁷⁵⁸ CGB 21 januari 2010, 2010-10 (IND-medewerker met baard).

hotel bij Schiphol, de reeds genoemde sikh, mogen niet worden verboden. De CGB is niet gebleken dat van de baard een onverzorgde indruk uitgaat.⁷⁵⁹

Uit de rechtspraak blijkt dat voorschriften met betrekking tot de haardracht niet lichtvaardig met een beroep op het voorgestane imago mogen worden gemotiveerd. Zo mag een hotel-restaurant met een uitgesproken oud-Hollands karakter dat typisch Hollandse schotels serveert, een sikh die volgens de beginselen van zijn religie leeft, niet verbieden een volle baard en tulband te dragen. De betreffende werknemer is portier, wat betekent dat hij voor gasten de eerste persoon is die zij bij het binnengaan van het etablissement zullen zien. De kantonrechter Amsterdam vonnist dat niet kan worden aangenomen dat een buitenlander met een afwijkend uiterlijk inbreuk op de goodwill van een hotel zou maken, zelfs niet in het geval dat deze onder meer op de oud-Hollandse signatuur ervan steunt.⁷⁶⁰ De kantonrechter relateert daarmee lichtvaardig het gegeven dat de voorgestane oud-Hollandse signatuur nu juist bij uitstek het wezenskenmerk van het hotel is en dat de portier een beeldbepalende rol vervult om dit imago uit te dragen.

De rechtszaak van luchtvaartmaatschappij KLM tegen een stewardess, waarbij anders dan in voorgaande zaken religie geen rol speelt, geeft aan dat een werkgever niet alle vormen van haardracht zonder meer hoeft te aanvaarden. KLM treedt niet buiten de eisen van redelijkheid en billijkheid door het vertrouwen in een stewardess met een keur aan tatoeages, piercings, ringen en extreem kort haar op te zeggen.⁷⁶¹ De kantonrechter Haarlem motiveert waarom de inbreuk op de keuzevrijheid van een werknemer met het oog op de beoogde uitstraling van de KLM bij het publiek alleszins acceptabel is:⁷⁶²

‘Tatoeages kunnen tijdens werktijd immers worden bedekt en piercings kunnen worden uitgedaan. Het hebben van langer hoofdhaar dan gewenst, heeft uiteraard wel consequenties voor de vrije tijd van de werknemer, maar het bijna kaalscheren van het hoofd bij vrouwen is maatschappelijk nog niet zo algemeen aanvaard of gebruikelijk dat een dergelijke haardracht niet als extravagant kan worden beschouwd. Bovendien: wie kiest voor het beroep van stewardess, accepteert daarmee ook dat tijdens het werk een uniform moet worden gedragen en dat strenge regels aan het uiterlijk worden gesteld.’

Het gaat om voorschriften die in de vrije tijd doorwerken. De maatschappelijke opvattingen wegen in de afweging mee.

Ook het ambtenarenrecht kent een rijke traditie van strijd over de haardracht van

759 CGB 25 maart 1997, 1997-24 (Sikh I).

760 Ktr. Amsterdam 24 januari 1986, *Prg* 1986/2462 (Oudhollands restaurant).

761 Het instructierecht van de werkgever wordt verder begrensd door algemeen verbindende voorschriften, zoals het EVRM en de Grondwet. Ktr. Haarlem 24 september 2010, LJN: BO2066 (Kale stewardess).

762 Ktr. Haarlem 24 september 2010, LJN: BO2066 (Kale stewardess).

militairen en politieagenten.⁷⁶³ Daar waar de CRvB ten aanzien van sieraden en versierselen de werkgever veel ruimte toekent eisen te stellen, lijken bij de haardracht de krijgsmacht en de politie als werkgever aan het kortste eind te trekken. Zo brengen volgens de CRvB de lange lokken van een sergeant de slagkracht van de Koninklijke Luchtmacht niet in gevaar.⁷⁶⁴ Een opvallend kapsel dat een politieagent in de ogen van het korps Rotterdam-Rijnmond een zogenoemde autonome of rechts-extremistische uitstraling verleent, acht de CRvB evenmin in strijd met de eisen van representativiteit en professionaliteit.⁷⁶⁵ De eisen aan het werk en in het licht daarvan de gevolgen voor het werk, raken aan de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het lichaam. De agent zou zijn kapsel bovendien ook na werktijd aan de wensen van het korps moeten aanpassen, omdat het niet slechts tijdens werktijd anders valt te modelleren. In de rechtszaak van de KLM-stewardess vormt deze laatste overweging voor de kantonrechter Haarlem geen belemmering voor het stellen van een eis aan de haardracht.

Samenvatting

De juridische piketpaaltjes overziend, kan de conclusie worden getrokken dat een werkgever behoorlijk veel ruimte toekomt in het stellen van eisen aan kleding, sieraden en versierselen en haardracht. In het ambtenarenrecht beschouwt ook de CRvB het geven van aanwijzingen als normaal sturingsmiddel in de arbeidsverhouding. De werkgever mag het uiterlijk vanwege de gewenste professionaliteit, representativiteit en veiligheid reguleren. Zowel overwegingen die op de functie betrekking hebben, als overwegingen die met de organisatiecultuur en met het imago samenhangen, kunnen aanleiding tot het stellen van eisen geven. Het beleid dienaangaande moet duidelijk zijn geformuleerd, voor de betrokkenen kenbaar zijn en consequent toepassing krijgen. Voor de tendensinstelling zal de betekenis van het uiterlijk voor de identiteit daarin expliciet een plaats moeten krijgen.

De begrenzing van de eisen aan het uiterlijk liggen in de toetsing aan de redelijkheid. De aard van het werk, de branche en de maatschappelijke opvattingen zelf wegen daarin mee. Maatschappelijke opvattingen die ruimer zijn, hoeven geen beperking voor meer beperkende voorschriften te vormen, mits de werkgever een zekere mate van redelijkheid in acht neemt. Met name het afwegen van de representativiteit, professionaliteit en veiligheid in verhouding tot de redelijkheid vraagt om een goed doordacht beleid terzake. Naarmate de eisen strenger zijn en de werknemer meer beperkingen opleggen, rust een zwaardere motiveringsplicht op de werkgever. Hoe meer de eisen aan de persoonlijke identiteit raken, en buiten werktijd doorwerken, hoe zwaarder een beperking van de individuele keuzevrijheid moet worden gemotiveerd. Het is geen verrassing dat de marges voor kleding in de

⁷⁶³ In de jaren zeventig van de twintigste eeuw bewerkstelligden Nederlandse dienstplichtige soldaten een doorbraak. Ze mochten lang haar dragen, mits netjes in een netje weggestopt. Dat betekende niet het einde van de slepende discussie. Zo werden in 1996 twee militairen van de luchtmacht die tijdens een missie op de basis Villafranca in Italië waren gestationeerd berispt vanwege hun lange haardracht en teruggestuurd naar de vliegbasis Twente. *De Volkskrant* 27 juli 1996, 'Luchtmacht berispt soldaten met lang haar'.

⁷⁶⁴ CRvB 25 april 2002, LJN: AE2857 (Langharige sergeant).

⁷⁶⁵ CRvB 24 december 2009, LJN: BK8782 (Agent met hanenkam).

jurisprudentie ruimer liggen dan voor sieraden en versierselen, terwijl haardracht nauwer begrensde mogelijkheden biedt voor het stellen van eisen die verder strekken dan veiligheid, hygiëne en een zekere mate van verzorging. Bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van eisen weegt de mate mee waarin de werkgever pogingen in het werk stelt de beperkende gevolgen voor de werknemer te verzachten.

In de arbeidsverhouding werken grondrechten met betrekking tot eisen die op het uiterlijk zien, op verschillende wijze door. Bij een beroep op fundamentele rechten en vrijheden laat het gelijkheidsbeginsel de minste ruimte voor het stellen van voorschriften, zo deze tot onderscheid leiden. Een beroep door de werknemer op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging leidt tot een zwaardere motiveringsplicht. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de arbeidssituatie is daarentegen aan meer beperkingen onderhevig. Ook de eisen aan het uiterlijk door de tendensinstelling zelf kunnen op overwegingen van godsdienst en levensovertuiging terugvoeren. Een expliciete afweging van grondrechten is in voorkomende gevallen aan te bevelen. Voor zover grondrechten in de praktijk in de beoordeling worden betrokken, vindt dit echter voornamelijk in het kader van de redelijkheidstoets plaats. Een afweging van de beperkingsgronden van grondwettelijke en internationale grondrechten blijft achterwege.⁷⁶⁶ De uit vaste jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU voortvloeiende vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit komen daardoor niet expliciet aan de orde.⁷⁶⁷ Tegen de achtergrond van de eenzijdige gerichtheid op gelijke behandeling lijkt de CGB dogmatischer om te gaan met de vraag wanneer van een schending van grondrechten sprake is dan de rechter. De ruimte voor de werkgever om eisen aan het uiterlijk te stellen, is in de oordelen van de CGB dan ook kleiner.

4.5.4 Meningsuiting

Het grondrecht op vrije meningsuiting beschermt in beginsel elke openbaarmaking van een meer of minder weloverwogen gedachte of een gevoel, ongeacht de intenties of motieven van degene die zich uit. De strekking van art. 7 lid 3 GW is zeer ruim.⁷⁶⁸ Meestal wordt bij het recht op vrije meningsuiting in de arbeidsverhouding van indirecte doorwerking bij het goed werkgever- en werknemerschap uitgegaan.⁷⁶⁹ Verhulp spreekt een voorkeur voor wetgeving uit om de willekeurige en oncontroleerbare doorwerking van de uitingsvrijheid in het arbeidsrecht te voorkomen.⁷⁷⁰

Als uitgangspunt dient te gelden dat van de werkgever in beginsel tolerantie mag worden gevergd ten aanzien van de mening van de werknemer. Zeker wanneer de mening van de werknemer niet parallel loopt met de identiteit van de werkgever,

⁷⁶⁶ Van Steenberghe merkt op dat een beroep op de Awgb wel garant staat voor een zorgvuldige toetsing. Van Steenberghe 2006, p. 43, 53.

⁷⁶⁷ Zie ook: Gerlach & Maks 2010, p. 27.

⁷⁶⁸ Ook het gebruik van aanstootgevende taal kan in beginsel als openbaarmaking van een gedachte of gevoel worden aangemerkt. HR 10 november 1992, NJ 1993, 197 (Parkeerwachter Den Bosch).

⁷⁶⁹ Van Uden 2006, p. 10.

⁷⁷⁰ Verhulp 1997, p. 352.

klemmt de vraag naar de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting.⁷⁷¹ Wanneer de meningen haaks op elkaar staan, bestaat er een gerede kans op een conflict. De werkgever mag beperkingen stellen als het functioneren van de werknemer of dat van de arbeidsorganisatie in gevaar komt.⁷⁷² Indien de werknemer essentiële onderdelen van zijn takenpakket in geweten niet kan vervullen, noch zonder daarmee de aard of doelstelling van de instelling als zodanig af te wijzen, zal ontslag onvermijdelijk zijn als op langere termijn geen gelijkwaardige alternatieve werkzaamheden voorhanden zijn waartegen de werknemer geen gewetensbezwaren heeft.⁷⁷³

In een lange reeks arresten heeft het EHRM het fundamentele belang van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) onderstreept.⁷⁷⁴ De vrijheid van meningsuiting geldt ook op de werkvloer.⁷⁷⁵ Nog altijd van grote betekenis is de zaak Rommelfanger/Duitsland. Het Duitse constitutionele hof had Rommelfanger in het ongelijk gesteld bij het aanvechten van diens ontslag. Het rooms-katholieke ziekenhuis was daartoe overgegaan wegens de openlijke kritiek van de arts op het verzet van de Duitse bisschoppen tegen de abortuswetgeving in hun land. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) stelt dat het recht op vrije meningsuiting in een tendensinstelling aan beperkingen onderhevig kan zijn.⁷⁷⁶

'If, as in the present case, the employer is an organization based on certain convictions and value judgements which it considers as essential for the performance of its functions in society, it is in fact in line with the requirements of the Convention to give appropriate scope also to the freedom of expression of the employer. An employer of this kind would not be able to effectively exercise this freedom without imposing certain duties of loyalty on its employees.'

Met deze uitspraak onderstreept de ECRM het oordeel van het Bundesverfassungsgericht. In geval van conflicterende grondrechtsaanspraken kan, zo blijkt uit de uitspraak, de positie van een 'organization based on certain convictions' boven die van de werknemer prevaleren.

Over de doorwerking van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht geven de CGB en de rechter minder strikte beperkingen voor de werkgever dan ten aanzien van het uiterlijk. Een CGB-oordeel betreft het aan de man brengen van de islam door een islamitische stagiair op een regionaal opleidingscentrum voor mbo-opleidingen, in strijd met het Mission Statement uit het Visiedocument, dat het uitdragen van de krachtige kenmerken van het openbaar onderwijs voorschrijft. De

⁷⁷¹ Zie ook: Verhulp 2000, p. 46.

⁷⁷² Verhulp is van mening dat beperkingen slechts in het uiterste geval zijn toegestaan. Verhulp 2000, p. 43.

⁷⁷³ Vermeulen 1989, p. 296.

⁷⁷⁴ Mijlpalen zijn de arresten ECRM 7 december 1976, NJ 1978/236 (Handyside/Verenigd Koninkrijk) en ECRM 26 april 1979, NJ 1980/146 (Sunday Times/Verenigd Koninkrijk). Het EVRM heeft een rechtstreekse doorwerking in nationale wetgeving en kent een individueel klachtrecht tegen staten.

⁷⁷⁵ EHRM 26 september 1995, NJ 1996/545 (Vogt/Duitsland). De vrijheid van meningsuiting springt vooral in het oog door de problematiek van de klokkenluiders. Over klokkenluiders: Verhulp 2000, p. 35. Over belediging: Van Uden 2006, p. 11.

⁷⁷⁶ ECRM 6 september 1989, 12242/86, D.R. 62, (151) 161 (Rommelfanger/Duitsland).

CGB acht het beperken van de ruimte voor de meningsuiting gerechtvaardigd. De werkgever is met de stagiair in dialoog gegaan en heeft deze, met inachtneming van de ruimte die nodig is voor het handhaven van het door de school gewenste leef- en werkklimaat, voldoende ruimte geboden voor het uiten van zijn geloof.⁷⁷⁷ Er is sprake van een neutrale gedragsregel die geen onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg heeft.

Een wegwijzer in de rechtspraak bij het zoeken naar evenwicht tussen de belangen van werkgever en werknemer is de uitspraak over toenmalig politiek leider Janmaat van de Centrumpartij, voor zijn broodwinning als docent maatschappijleer werkzaam bij een christelijke school.⁷⁷⁸ Voor een minutieuze toetsing van de door de Centrumpartij uitgedragen politieke gedachten aan de doelstellingen van de school is volgens de kantonrechter Den Haag geen plaats.⁷⁷⁹ Een onbekommerd gebruik van de vrijheid van meningsuiting kan echter dermate confronterend werken, dat een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie ervan het gevolg is. Sneller tot de aanname dat van een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie het geval was, komt de kantonrechter Roermond.⁷⁸⁰ Een werknemer in dienst van een stichting die zich tot doel stelt de belangen van allochtonen te behartigen, wordt provinciaal lijsttrekker voor de Centrumpartij. Hoewel de regionaal beheerder zijn arbeid uitstekend verricht en goed ligt bij zowel zijn collega's als de allochtonen van wie hij de belangen moet behartigen, beslist de kantonrechter dat de werknemer had moeten begrijpen dat zijn politieke aspiraties ernstige fricties zou gaan teweegbrengen. Als redelijk handelend en redelijk weldenkend mens had hij dat kunnen en behoren te begrijpen en had hij dienovereenkomstig dienen te handelen. Verhulp stelt dat deze uitspraak het recht op vrije meningsuiting van de werknemer wel heel gemakkelijk lijkt te laten wijken voor het belang van de werkgever.⁷⁸¹

Een verpleegkundige in het Flevoziekenhuis in Lelystad is belijdend christen. Hij acht de Bijbel een heilig en tot navolging verplichtend boek. De daarin opgenomen bepalingen zijn bindend en het goede nieuws is het vertellen waard aan iedereen. Maar het ziekenhuis heeft een algemene grondslag. De kantonrechter Zwolle-Lelystad overweegt dat het recht op het belijden van het geloof, waaronder begrepen het verkondigen van geloofsuitingen, daar eindigt waar de belangen van de patiënten in het gedrang komen. De patiënten verkeren in een kwetsbare positie, waarin zij afhankelijk zijn van de zorg van het ziekenhuis en de verpleegkundige.⁷⁸² Het ziekenhuis heeft volgens de kantonrechter zeer aannemelijk gemaakt dat zij het uiten van geloofsovertuigingen in zijn algemeenheid niet verbiedt en dat zij geen

777 CGB 16 augustus 2007, 2007-153 (Islamverkondigende stagiair).

778 Art. 125a lid 1 Ambtenarenwet bepaalt dat een ambtenaar zich moet onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens, indien door de uitoefening van dit recht de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Uitgebreid: *Kamerstukken II*, 1985/86, 19 495, nr. 3, p. 4-7.

779 Ktr. Den Haag 22 oktober 1984, NJ 1985/286, *Prg.* 1984 (Sint Joannusstichting/Janmaat).

780 Ktr. Roermond 10 april 1984, NJ 1984/676 (Lijsttrekker Centrumpartij). Zie ook: Rb. Rotterdam 25 januari 2010, LJN: BL0900 (Blogspot). In deze zaak is weliswaar een verstoorde arbeidsrelatie geconstateerd, maar geen overschrijding van de grenzen zoals neergelegd in art. 125a lid 1 Ambtenarenwet.

781 Verhulp 2000, p. 43.

782 Ktr. Zwolle-Lelystad 27 juni 2007, LJN: BA8355 (Verpleegkundige Flevoziekenhuis).

bezwaar heeft tegen de geloofsovertuiging van de verpleegkundige als zodanig. De werkgever heeft de werknemer ook niet verboden desgevraagd met patiënten over zijn geloofsovertuiging te spreken. Geoordeeld moet daarom worden dat de instructie niet ongevraagd met patiënten over zijn geloof te spreken, enkel ten doel heeft haar patiënten te beschermen tegen onrustgevoelens, verwarring en angst, het welbevinden haar patiënten zo veel mogelijk te waarborgen en zo hun herstel te bevorderen. Een andere situatie waarin de mening van de werknemer wrijving met de identiteit van de werkgever veroorzaakt, doet zich voor in de rechtszaak tegen een croupier met gewetensbezwaren vanwege de negatieve gevolgen van gokken. De betreffende werknemer pleegt in aanwezigheid van gasten blijk te geven van zijn opvatting dat het deelnemen aan kansspelen leidt tot emotionele en financiële ellende bij de deelnemers aan die kansspelen. De uiterst negatieve houding jegens Holland Casino's en de bezwaren van de croupier tegen kansspelen zijn duidelijk kenbaar voor zijn collega's, die door zijn aanwezigheid in hun functioneren worden geremd. Volgens de kantonrechter Roermond staat het een croupier vrij, principieel tegenstander van de legale exploitatie van casino's te zijn. Van het casino kan echter niet worden geëist medewerking te verlenen aan het streven van de werknemer binnen het kader van de arbeidsovereenkomst het beleid van het casino te veranderen, temeer niet nu dit streven tot conflicten met collega's leidt.⁷⁸³

Concluderend kan uit de jurisprudentie ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting worden gesteld dat de werknemer ook binnen de arbeidsverhouding aanspraak op dit grondrecht kan maken. Het gedrag op dit vlak is ingekleurd door de arbeidsverhouding, wat betekent dat een ongelimiteerde uitoefening van de vrijheid van meningsuiting zonder rekening te houden met de belangen van de werkgever in het uiterste geval kan leiden tot een ernstig verstoorde arbeidsverhouding, met alle gevolgen van dien. De werknemer zal bij het doen van een beroep op dit grondwettelijke recht rekening met de belangen van de werkgever moeten houden. Het type instelling is in dit verband een relevant gegeven. De tendensinstelling, gebaseerd op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, komt een grote mate van ruimte toe om ervoor te zorgen dat een gepast en ruimhartig gebruik van de vrijheid van meningsuiting door de werknemer de identiteit niet schaadt.

4.5.5 Omgangsvormen

Omgangsvormen die aan een zekere mate van wellevendheid beantwoorden, zijn onmisbaar voor het goed functioneren van de arbeidsorganisatie. Hoog oplopende geschillen over het schudden van handen wijzen uit dat het naleven van essentiële fatsoensnormen geen op voorhand uitgemaakte zaak meer is. De bespreking van enkele spraakmakende zaken die voor de CGB en voor de rechter dienden, laat zien welk groot verschil het maakt, op welke wijze de maatschappelijke context en het organisatiebelang meeweegt, afgezet tegen het belang van het individu.

⁷⁸³ Ktr. Roermond 8 maart 1994, JAR 1994/138 (Gewetensbezwaarde croupier).

In 2002 oordeelt de CGB dat een school mag weigeren een moslim in dienst te nemen die vrouwen geen hand wil geven. Een algemene verplichting tot het geven van handen leidt tot het maken van indirect onderscheid tussen religies. De objectieve rechtvaardiging is in de noodzaak tot het beschermen van anderen te vinden. Het niet geven van een hand kan als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen worden opgevat, vindt de CGB.⁷⁸⁴ Vanwege de volledigheid en consistente gedachtegang, volgt uitgebreid de afweging over de vraag of het middel een legitiem doel dient en of het passend en noodzakelijk is. De school heeft gemotiveerd aangegeven waarom van alle medewerkers wordt verlangd dat zij in voorkomende gevallen personen van hetzelfde geslacht en personen van het andere geslacht een hand geven. Als overdrager van waarden en normen wil de school ook over de gewenste omgangsvormen volstrekt duidelijk zijn. In het bijzonder gelet op de context, te weten een vmbo-school met leerlingen en medewerkers uit zestig landen, is dit een aanvaardbaar standpunt. De CGB acht het doel voldoende zwaarwegend, terwijl hieraan iedere discriminatie vreemd is. Om in deze context de doelstelling te bewerkstelligen, stelt de school eisen aan het gedrag van medewerkers tijdens de uitoefening van hun functie. Daaronder valt de eis een hand te geven. De CGB acht het middel passend (geschikt). Het beperken van een geloofsuiting door het opleggen van een uniforme gedragsnorm aan alle medewerkers vergt zwaarwegende argumenten. Deze zijn voor de school gelegen in de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, het bevorderen van respectvolle omgangsvormen en het verzekeren van een helder opvoedkundig klimaat. De bewuste geloofsuiting heeft daarnaast verstrekken gevolgen voor anderen, in dit geval vrouwen, door wie het niet geven van een hand als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen kan gelden. De CGB acht het middel noodzakelijk.

Door de rechtsvraag van de maatschappelijke context te isoleren, wordt vier jaar later met een even heldere argumentatie het tegenovergestelde resultaat bereikt. In een oordeel over een islamitische onderwijsassistente die toegang wordt geweigerd op een vmbo-school omdat ze weigert mannen een hand gegeven, stelt de CGB dat de school er niet in is geslaagd aan te tonen dat het schudden van handen als zodanig een essentieel onderdeel van de opleiding vormt. De wens van studenten dergelijk fysiek contact te vermijden, kan daarom geen reden zijn hun de toegang tot een opleiding te weigeren.⁷⁸⁵ Zwaarwegende argumenten van respectvolle, eenduidige omgangsvormen en gelijke behandeling, geschetst in een context waarin deze zaken geen overbodige luxe zijn, leidden in het eerstgenoemde oordeel tot de overweging dat het middel noodzakelijk was. In dit oordeel moeten ze eenvoudig wijken voor de redenering dat de Awgb erop is gericht te bewerkstelligen dat mensen, ondanks hun verschillende (geloofs)overtuigingen, zo veel mogelijk gelijk worden behandeld en zo min mogelijk vanwege hun overtuigingen worden uitgesloten.⁷⁸⁶

784 CGB 5 maart 2002, 2002-22 (Handenschudden VMBO).

785 CGB 27 maart 2006, 2006-51 (Handenschudden klassenassistent).

786 In de Geert Daleslezing op 27 januari 2007 motiveert Castermans: 'Voorop staat dat ieder individu vrijelijk zijn in de grondwet beschermde rechten en vrijheden moet kunnen uitoefenen en ieder zich in het openbare leven moet kunnen bewegen, zonder dat hij op grond van vooroordelen of gevoeligheden van anderen wordt achtergesteld.' Castermans schaaft handenschudden onder die gedragspatronen die cultureel zijn bepaald, en dus irrelevant zouden zijn voor het vervullen van een functie.

Een vervolg op deze ingeslagen weg vormt het CGB-oordeel inzake de klacht van een moslim die wordt afgewezen voor de functie klantmanager bij de gemeente Rotterdam, omdat hij weigert vrouwen een hand geven.⁷⁸⁷ De gemeente is volgens de CGB ten onrechte voorbijgegaan aan een als ‘passende oplossing’ beschouwde alternatieve begroeting.⁷⁸⁸ De rechtbank Rotterdam maakt in een procedure wegens onrechtmatige daad een heel andere afweging. In een bijzonder bondige afweging komt de rechtbank tot de conclusie dat de gemeente het schudden van handen als een passend en noodzakelijk middel beschouwt om het doel te bereiken bij de ontvangst van haar klanten geen onderscheid tussen mannen en vrouwen te willen maken. De gemeente mag ervoor kiezen de in Nederland gebruikelijke begroetings- en beleefdheidsvorm jegens alle burgers in acht te nemen, waarmee de noodzakelijkheid is gegeven. Het indirecte onderscheid is derhalve objectief gerechtvaardigd.⁷⁸⁹ In hoger beroep bekrachtigt het hof Den Haag het vonnis. Het hof is van oordeel dat in een pluriforme en multiculturele samenleving als de Nederlandse het belang van het hanteren, althans niet afwijzen, van een gemeenschappelijke omgangsvorm in een beroepsomgeving als onderhavige zwaarwegend is.⁷⁹⁰

In een beroepsprocedure in een ambtenarenzaak, waarin de CGB een wegens het (abrupt) weigeren mannen voortaan nog een hand te geven, ontslagen docente tegenover de school in het gelijk stelt, betreft de CRvB de in Nederland gebruikelijke en algemeen geaccepteerde fatsoens- en omgangsvormen bij de toetsing van de legitimiteit van het doel. Bij de toetsing van de passendheid en noodzakelijkheid komt sterk gewicht toe aan de constatering dat het weigeren een hand te geven als confronterend en onaangenaam wordt ervaren en de onderlinge relaties onder druk zet. De CRvB verwijst ook naar de voorbeeldfunctie die de medewerker zowel intern als extern heeft als vertegenwoordiger van de school.⁷⁹¹

De uiteenlopende uitspraken van de CGB enerzijds en de rechtbank Rotterdam en de CRvB anderzijds laten zien dat toetsing van door de werkgever voorgeschreven gedragsnormen geen op voorhand uitgemaakte zaak is. Vanuit het enkele perspectief van gelijke behandeling bezien, laat het afwegingskader ruimte voor uiteenlopende afwegingen. Niet alleen de inhoudelijke waardering van argumenten, ook de rangschikking ervan onder doel, middel en noodzaak kan variëren. Naarmate de toetsing van de legitimiteit van het doel, de geschiktheid van het middel en de noodzakelijkheid fijnmaziger wordt uitgesponnen, loopt deze het risico verder van de context van de maatschappelijke opvattingen en het belang van de arbeidsorganisatie af te komen staan. Een in formeel opzicht sluitende juridische benadering van objectieve rechtvaardiging kan zo in materieel opzicht als maatschappelijk volstrekt ontoereikend worden ervaren. Het onbevredigende abstracte begrip al-

787 CGB 5 oktober 2006, 2006-202 (Moslim-klantmanager Rotterdam I). Zie ook: Castermans 2007, p. 375.

788 Of de CGB een alternatief gebaar in gedachten heeft, of een verbale begroeting, blijft in het midden.

789 Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, JAR 2008/234 (Moslim-klantmanager Rotterdam II).

790 Hof Den Haag 10 april 2012, Zaaknummer: 200.017.676/01 (Moslim-klantmanager Rotterdam III).

791 Rb. Utrecht 30 augustus 2007, TAR 2007/197, AB 2007/307 (Handenschudden docente economie II). CGB 7 november 2006, 2006-220 en 2006-221 (Handenschudden docente economie I). CRvB 7 mei 2009, LJN: BI2440 (Handenschudden docente economie III).

ternatieve begroetingswijze en de onbeholpen poging van de CGB het schudden van handen aan een functie te verbinden, kunnen als product van deze benadering worden gezien.⁷⁹²

4.5.6 Internetgebruik

De bejegening van collega's en overig gedrag op de werkvloer, waaronder internetgebruik, zullen een tendensinstelling niet voor noemenswaardig andere problemen stellen dan een niet-tendensinstelling.⁷⁹³ Voorschriften en afspraken over het gebruik van internet staan wel model voor het belang van het duidelijk, kenbaar en consequent reguleren van gedrag op het werk.⁷⁹⁴ De grenzen zijn vooral te vinden in de tijd die de werknemer aan privé-doeleinden besteedt en aan het soort informatie dat wordt opgezocht. Bij het beoordelen van wat (niet) wenselijk is, zal de tendensinstelling overwegingen van identiteit betrekken.

De jurisprudentie wijst uit dat de werkgever internetgebruik gericht moet reguleren. Aanleiding voor een rechtszaak voor de kantonrechter Haarlem is het veelvuldige bezoek onder werktijd door een werknemer van (homo) chatrooms om op het internet te chatten.⁷⁹⁵ Ook heeft de werknemer via het zakelijke e-mailadres pornografische afbeeldingen ontvangen en verzonden, een groot aantal pornosites bezocht en pornografische afbeeldingen op zijn computer opgeslagen. Naar aanleiding van een onderzoek hiernaar heeft de werkgever de werknemer geschorst. De werknemer heeft spijt betuigd, maar de werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter overweegt dat de werknemer voldoende is doordrongen van het laakbare karakter van zijn handelwijze. Het gebruik dat de werknemer van de internetfaciliteiten heeft gemaakt, behoeft niet te worden getolereerd, nog los van het feit of dit gedrag wordt verboden door een interne gedragscode. Van de werkgever mag echter worden verwacht dat hij eerst tracht door middel van andere maatregelen dan ontslag de werknemer te corrigeren. Daarbij is van belang dat de werknemer reeds 33 jaar in dienst is, een onberispelijke staat van dienst heeft, en het internetgebruik zich heeft geconcentreerd in een periode van één jaar en geen nadelige invloed op de uitoefening van de werkzaamheden heeft gehad. Verder is relevant dat omtrent eventuele sancties tegen internetgebruik als waarvan hier sprake was, onvoldoende duidelijke regels bestaan of bestonden. Ook speelt mee dat de werknemer ernstige privéproblemen heeft. Van de werkgever had mogen worden verwacht dat hij, toen dit duidelijk werd, de werknemer de helpende hand had geboden. Dat het verboden internetgebruik toen al plaats had gevonden, doet daar niet aan af.

⁷⁹² Niet zonder reden wil de CGB in 'lastige' oordelen meer aandacht gaan besteden aan de maatschappelijke context en uitleg bij haar afwegingen. CGB Jaarverslag 2009, p. 10. Een mogelijke oplossing ziet de CGB in een toetsing waarbij het proportionaliteitsbeginsel meer recht krijgt en het subsidiariteitsbeginsel meer naar de achtergrond wordt geschoven. Derde Evaluatie Awgb 2011, p. 87-89, 152, 153.

⁷⁹³ Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer op de werkvloer geldt ook met betrekking tot elektronische communicatie. EHRM 3 april 2007, NJ 2007/617 (Copland/Verenigd Koninkrijk).

⁷⁹⁴ Uitgebreid: Van der Ploeg (A.) 2007.

⁷⁹⁵ Ktr. Haarlem 4 maart 2003 JAR 2003/117 (Internetprotocol).

Het is wel zaak dat het beleid doordacht en duidelijk is. Dat was onder meer niet het geval in een zaak die speelde voor de kantonrechter Sittard-Geleen. De rechter acht niet-werkgerelateerd gebruik van internet door de werknemer weliswaar aangetoond, maar niet de intensiteit ervan. Kennelijk heeft het internetgebruik geen invloed gehad op het functioneren van de werknemer. Een waarschuwing was op zijn plaats geweest.⁷⁹⁶

Wanneer een doordacht, duidelijk en kenbaar beleid goed wordt gehanteerd, kan de werkgever de consequenties daarvan tot gelding brengen. Het bezoeken van diverse pornosites bij een werkgever die zo'n protocol hanteert, komt de werknemer op ontslag te staan. Het protocol verbiedt het raadplegen, opslaan of versturen van pornografisch en/of seksueel intimiderende opmerkingen op of via het netwerk ten strengste. Gezien deze omstandigheden ziet de kantonrechter Tilburg geen grond voor toekenning van een vergoeding aan de werknemer, evenmin overigens om aan de werkgever ten laste van de werknemer een vergoeding toe te kennen.⁷⁹⁷

De rechter eist een gerichte regulering van internetgebruik, wat ook voor de consequenties geldt bij het overtreden van de voorschriften en afspraken. Het opstellen en hanteren van een doordacht, duidelijk en voor de betrokkenen kenbaar protocol verdient aanbeveling.⁷⁹⁸

4.5.7 Werk en privé

Gedrag buiten het werk

Steeds vaker vloeien arbeid en privé in elkaar over. Voor een aantal functies wordt de fysieke begrenzing van vereiste aanwezigheid op de werkvloer minder relevant. De voortgaande informatietechnologie biedt daarvoor mogelijkheden. Ook wijzigende opvattingen over (het verdelen van) arbeid en zorgtaken werken in het arbeidsproces door.⁷⁹⁹ Na een verkenning van het terrein van gedrag buiten het werk, wordt op de vraag ingegaan of een relatie van de werknemer de arbeidsverhouding kan beïnvloeden.

De werkgever moet rekening houden met activiteiten die de werknemer naast de arbeidsovereenkomst verricht en die van invloed op diens hoofdwerkzaamheden kunnen zijn.⁸⁰⁰ Voor het vervullen van de militaire dienstplicht, het lidmaatschap van een OR of vakvereniging, het bijwonen van politieke vergaderingen en het

⁷⁹⁶ Ktr. Maastricht 1 oktober 2009, JAR 2009/279 (Intensiteit internetgebruik).

⁷⁹⁷ Ktr. Tilburg 12 juni 2003, JAR 2003/176 (Verboden internetgebruik).

⁷⁹⁸ Zie bijvoorbeeld de Gedragscode E-werken 2005 en Goed werken in netwerken 2002.

⁷⁹⁹ Zie over de Wet arbeid en zorg: Loonstra & Zondag 2010, p. 281-283. Een schaduwzijde van de toegenomen mogelijkheden zorg en werk beter te combineren, is de daarmee samenhangende ontwikkeling van een toegenomen vereiste flexibiliteit van werknemers. De rechter blijkt privébelangen vaak minder zwaar te wegen dan de belangen van de werkgever. Zo vonnist de kantonrechter Leeuwarden dat een werkneemster die met het regelen van de kinderopvang in de problemen komt nu het bedrijf waar ze werkt op ploegendienst overschakelt, haar arbeidsuren desondanks flexibeler moet indelen. Ktr. Leeuwarden 5 april 2006, JAR 2006/109 (Flexibele inroostering werknemer). Uitgebreid over deze thematiek: Roozendaal 2011.

⁸⁰⁰ Definitie van nevenactiviteiten: Schreurs & Van der Kind 2006, p. 30.

opnemen van ouderschapsverlof bestaat een wettelijke regeling in de vorm van bijzondere opzegverboden (art. 7:670 lid 3, 4, 5, 6 en 7 BW). Afgezien van de wettelijk beschermde bezigheden kan de werkgever de werknemer een verbod van nevenactiviteiten opleggen. Een absoluut verbod verbiedt alle nevenactiviteiten, of nevenactiviteiten die de hoofdwerkzaamheden van de werknemer kunnen beïnvloeden. Een voorwaardelijk verbod verbiedt nevenactiviteiten behoudens toestemming van de werkgever. Een specifiek verbod verbiedt specifiek door de werkgever omschreven nevenactiviteiten.⁸⁰¹ Wanneer de aard en het karakter van de nevenactiviteiten als zodanig niet bezwaarlijk zijn, kan een bedenking van de werkgever in de omvang van de nevenactiviteiten zijn gelegen. Op overtreding van het verbod kan een boete staan, of als uiterste consequentie het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Het reguleren van nevenactiviteiten dient daarom redelijk van aard te zijn. De belangen van de werkgever en de werknemer moeten in evenwicht zijn.⁸⁰²

Nevenactiviteiten en gedrag buiten het werk kunnen zeker ook gevoelig liggen met het oog op overwegingen van identiteit en imago. Zo stuurt de brandweer van Deventer een brandweerman die met zijn partner op de website van een seksblad staat en op een dvd bij het betreffende nummer figureert, in afwachting van verdere maatregelen met verplicht verlof naar huis. Hoewel een verband tussen nevenactiviteit en functie geen op voorhand uitgemaakte zaak is, vertoont de werknemer volgens de commandant van de brandweer grensoverschrijdend gedrag:⁸⁰³

‘Je raakt in de discussie wat iemand wel en niet mag in zijn vrije tijd. Maar wij zijn van mening dat in dit geval overduidelijk een grens is overschreden. Als brandweerman ben je in overheidsdienst, werk je op straat. Je hebt ook een voorbeeldfunctie. Dan kan het niet dat je op zo’n manier te zien bent.’

Van een tendensinstelling is een soortgelijke opstelling te verwachten als van de (ambtelijke) brandweerorganisatie. De identiteit van de tendensinstelling veronderstelt namelijk het onderschrijven of minimaal respecteren van de identiteit. Hoewel een vereenzelviging van de persoonlijke identiteit met die van de werkgever per definitie nooit absoluut kan zijn, is denkbaar dat een houding van goede trouw en loyaliteit verder strekt dan de strikte begrenzing van het werk. Ook voor de rechter maakt een verbod op nevenactiviteiten die schadelijk zijn voor de integriteit, identiteit en het imago van de instelling gereede kans van slagen. In ontslagzaken weegt de rechter het gedrag van werknemers in de vrije tijd steeds meer mee.⁸⁰⁴ Volgens jurisprudentie hoeft het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer hier-

801 Wolters 2010, p. 105, 106.

802 Hof Amsterdam, 12 juli 2007, *JAR* 2008/9 (Toestemming voor nevenwerkzaamheden). Bij gebrek aan een wettelijke regeling conform art. 7:653 BW voor het concurrentiebeding, bepleit Wolters een in ieder geval gestructureerde toetsing om de redelijkheid en billijkheid te waarderen. Eerst kan de rechter het type verbod op nevenactiviteiten kwalificeren. Dan kan de rechter de belangen van werkgever en werknemer analyseren. Daarna kan de rechter de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit beoordelen. Wolters 2010, p. 107.

803 *De Stentor* 15 november 2007, ‘Deventer brandweerman in problemen door optreden seksite’. Zie voor het stellen van eisen aan nevenactiviteiten in het ambtenarenrecht: Rb. Leeuwarden 6 maart 2007, LJN: AZ9940 (Hells Angels Northcoast Harlingen I). HR 26 juni 2009, LJN: BI1124 (Hells Angels Northcoast Harlingen II). CRvB 5 juni 2004, *AW* 02/6171 (Verbod op nevenactiviteiten).

804 *NRC Handelsblad* 12 oktober 2007, ‘Gedrag in vrije tijd telt vaker mee bij ontslag’.

aan niet in de weg te staan. Wel moet de werkgever het verbod doordacht reguleren, afdoende kenbaar maken en consequent hanteren. Deze lijn is in de te bespreken rechtszaken terug te vinden.

De kantonrechter Leeuwarden oordeelt dat een leerling-kok ten onrechte op staande voet is ontslagen wegens medewerking aan een erotische film in de privésfeer.⁸⁰⁵ De stagiair komt niet met klanten in contact. Haar activiteiten hebben geen enkel raakvlak met de bedrijfsactiviteiten. Er is verder niets gebleken van negatieve reclame voor de werkgever. Het zich niet houden aan de in de CAO voorgeschreven meldingsplicht is onvoldoende basis voor ontslag op staande voet. De kantonrechter constateert dat uit de huisregels overigens niet valt op te maken dat op gedrag dat de reputatie van het hotel kan schaden, ontslag staat. Ten aanzien van de laatste overweging kan enerzijds worden opgemerkt hoe belangrijk het ook in dit geval weer blijkt om gedragsregels doordacht op te stellen, afdoende kenbaar te maken en consequent te hanteren. Anderzijds had de kantonrechter ook kunnen motiveren dat het een eis van goed werknemerschap is de reputatie van het hotel niet te schaden, al bevatten de huisregels geen uitputtende codex van laakbaar gedrag. Dit uitgangspunt had alsnog voldoende ruimte gelaten voor een afweging waarin medewerking aan een erotische film in de privésfeer voor een leerling-kok mogelijk moet zijn. In dat verband zou kunnen worden betoogd dat de vraag naar contact met klanten pas relevantie krijgt wanneer eerst wordt geconstateerd dat de activiteiten raakvlak met de bedrijfsactiviteiten hebben.

Een grensgeval van gedrag op het werk en gedrag in vrije tijd is het ontslag op staande voet van een werkneemster van een hotel op Aruba. Hyatt voert een streng antidrugsbeleid. Personeelsleden krijgen een training waarin ze worden gewezen op de mogelijkheid van random drugstesten én het feit dat een positieve uitslag tot ontslag kan leiden. Een werkneemster die de training heeft gevolgd en heeft getekend voor het feit dat het beleid bij haar bekend is, wordt positief getest op het gebruik van cocaïne. Nadat blijkt dat de werkneemster niet bereid is een revalidatiecursus te volgen, volgt ontslag op staande voet. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep. Hyatt wil zijn gasten een aantrekkelijke omgeving bieden en mag van zijn personeel eisen dat het geen drugs gebruikt. Volgens de Hoge Raad getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk dat bij afweging van het belang van de werkneemster in haar vrije tijd cocaïne te kunnen gebruiken (en te voorkomen dat Hyatt daarvan op de hoogte raakt) tegenover het belang van Hyatt bij het behoud van haar goede naam en aantrekkelijkheid voor haar gasten, het hof meer gewicht toekent aan het belang van Hyatt dan aan dat van de werkneemster. Daarbij dient de representatieve functie van de werkneemster in acht te worden genomen. De Hoge Raad overweegt:⁸⁰⁶

‘Ook kon het hof in dit verband van belang achten het bekende feit dat ook in de vrije tijd gebruikte drugs van invloed kunnen zijn op het werk en de omstandigheid dat de concrete invloed van drugs vaak moeilijk te bewijzen zal zijn, hetgeen naar

805 Ktr. Leeuwarden 16 februari 2011, LJN: BP4009 (Meewerken aan erotisch getinte film).

806 HR 14 september 2007, JAR 2007/250, JIN 2007/625 (m.n. Zondag) (Hyatt Aruba).

het oordeel van het hof rechtvaardigt dat in het door Hyatt gevoerde beleid geen onderscheid wordt gemaakt tussen drugsgebruik in de vrije tijd en onder werktijd.'

Voor de tendensinstelling is van belang dat de waarde die de Hoge Raad hecht aan het gevoel of welbevinden van relaties van de werkgever zover kan gaan dat de werkgever het gedrag van de werknemer in de privésfeer beperkingen kan opleggen. Het gaat om beperkingen die zien op het functioneren van de werknemer binnen de begrenzing van de arbeidsorganisatie. Vegter betwijfelt of het belang van een duidelijk verband tussen het gedrag van de werknemer in de privésfeer en het werk in het Hyatt-arrest voldoende tot uiting komt.⁸⁰⁷ Zondag kan zich daarin vinden als het zou gaan om het gebruik van op zichzelf legale middelen, zoals sterke drank. Het beoefenen van een illegale activiteit in privétijd verdient, ook vanuit het perspectief van privacyrechten, zijns inziens echter weinig bescherming.⁸⁰⁸

De zaak van de Britse reclasseringsambtenaar Pay laat zien dat de werkgever legaal gedrag of nevenactiviteiten in privétijd niet per definitie hoeft te tolereren wanneer een verband met de werksfeer aantoonbaar is. Het EHRM oordeelt dat de door middel van internet geëtaleerde, voor breed publiek kenbare seksuele activiteiten, de persoonlijke levenssfeer overstijgen (art. 8 EVRM). Sadomasochistische optredens buiten werktijd wringen met een baan waarin het behandelen van zedendelinquenten deel van de functie uitmaakt. In hoger beroep heeft het Britse Court of Appeal volgens het EHRM terecht geoordeeld dat niet iedere activiteit op seksueel vlak onder de bescherming van de persoonlijke levenssfeer valt.⁸⁰⁹

'It was also correct in holding that there may be circumstances in which employees can have no or no reasonable expectation of privacy and that there was no "untrammelled right under Article 8 § 1 to give expression to his or her sexuality in public".'

Belangrijk in de zaak van Pay is dat het EHRM de integriteit en de reputatie waarvan de werkgever waarde hecht, aanvoert als gronden voor het beoordelen van de toelaatbaarheid van nevenactiviteiten.⁸¹⁰ Werknemers dienen zich niet te gedragen op een wijze die de identiteit en het imago van de werkgever ter discussie stellen. Geen beletsel hoeft te zijn, zoals in het geval van de reclassering, dat het een werkgever met een identiteit betreft die niet op godsdienst of levensbeschouwing is gebaseerd.⁸¹¹

807 Vegter 2007, p. 6, 7.

808 Het onderwerpen van een alcoholverslaafde werknemer aan periodieke blaastesten levert volgens de kantonrechter Groningen geen ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer op. Ktr. Groningen 3 maart 2010, JIN 2010/201 (Blaastest).

809 EHRM 16 februari 2009, 32792/05 (Pay/Verenigd Koninkrijk).

810 De beperkingsgronden moeten uiteraard voldoen aan de betreffende beperkingsclausule, waarbij de lidstaten een margin of appreciation toekomt die kan en zal divergeren.

811 Voor Loonstra & Zondag is het een gegeven dat een seculiere werkgever instructies kan stellen met betrekking tot de privésituatie. Loonstra & Zondag 2009, p. 169.

Relaties

Een tendensinstelling kan relaties van werknemers als relevant gegeven beschouwen. Zo staat het aangaan van een buitenechtelijke relatie haaks op de rooms-katholieke identiteit. Wanneer relaties van werknemers een rol gaan spelen, ontstaat al snel een spanningsveld tussen werk en privé. De wettelijke begrenzing in het stellen van eisen is te vinden in de verbodsgronden burgerlijke staat en hetero- of homoseksuele gerichtheid voor het maken van onderscheid (art. 1 en 5 Awgb). Het sluiten van een huwelijk of het aangaan van een geregistreerd partnerschap, ook wanneer de partners van hetzelfde geslacht zijn, kan voor de werkgever voorts geen aanleiding zijn de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Een daartoe strekkend beding is nietig (art. 7:667 lid 7, 8 BW).

Een schoolvoorbeeld van verboden onderscheid op grond van het enkele feit van seksuele gerichtheid is de eis aan werknemers met de in de grondslag verwoorde Bijbelse opvatting van de instelling in te stemmen dat een intieme, seksuele relatie slechts aan een man en een vrouw binnen een monogaam huwelijk is voorbehouden. De CGB oordeelt over deze eis van evangelische school De Passie dat het op voorhand in twijfel trekken van de geschiktheid van een (potentiële) medewerker op grond van alleen het enkele feit van zijn openlijke homoseksuele gerichtheid, strijdig is met het verbod in de Awgb van onderscheid op deze grond.⁸¹²

Ook in de jurisprudentie worden voorwaarden over relatiekeuze niet lichtvaardig aanvaard. Zo komt het de Christelijke Stichting voor Hulp aan Gewetensvervolgden ter ore dat de persvoorlichter een vriendin heeft en doende is met een echtscheidingsprocedure. Het geschokte bestuur ziet de handelwijze van Van Keulen als een smet op de instelling en vreest voor negatieve gevolgen, gezien de opvattingen die de sympathisanten van de stichting erop nahouden over huwelijk en echtscheiding. Over het betrekken in de arbeidsverhouding van de relatieperikelen van deze voorpost van de stichting merkt de kantonrechter Hoorn op:⁸¹³

‘Weliswaar staat het eenieder vrij binnen een organisatie bepaalde morele en/of godsdienstige opvattingen te hanteren op het terrein van het huwelijk en er zorg voor te dragen dat die opvattingen worden uitgedragen c.q. nageleefd, maar dit betekent nog niet dat een arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd op de enkele grond dat een personeelslid zich niet overeenkomstig die opvatting gedraagt.’

Voorts overweegt de kantonrechter dat uit niets is gebleken dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst is bedongen, dan wel zo vanzelfsprekend was, dat Van Keulen had kunnen weten dat het nemen van een vriendin en het in gang zetten van een echtscheiding tot ontslag moest leiden. Volgens de kantonrechter is niet komen vast te staan dat de vrees van het bestuur voor nadelige effecten op de organisatie een deugdelijke grond heeft. Deze is alleen maar gebaseerd op de eigen opvattingen en oordelen.

⁸¹² CGB 15 juni 2007, 2007-100 (De Passie).

⁸¹³ Ktr. Hoorn 11 mei 1989, NJ 1990/71 (Van Keulen/Christelijke Stichting Hulp aan Gewetensvervolgden).

In een soortgelijk geschil voert een werkgever, ditmaal voor de kantonrechter Zwolle, wel een deugdelijke motivering aan.⁸¹⁴ Het gaat om een gereformeerde school die een werknemer, na een periode van ziekte, weigert toe te laten tot het werk. Locatie- annex sectordirecteur Drexhage is een buitenechtelijke relatie aangegaan met een gehuwde collega, met wie hij is gaan samenwonen, ook nog eens zonder zijn werkgever daarover in te lichten (waarvoor wat te zeggen valt, gelet op de voorspelbare reactie). Drexhage ziet het als een privékwestie. De Vereniging voor Christelijk Voortgezet Onderwijs te Kampen, Dronten en omstreken stelt daartegenover de geruchtenstroom die het bestuur vanuit de zware achterban uit de reformatorische gemeente bereikt. De werknemer heeft verzuimd uit eigen beweging openheid te verschaffen over een buitenechtelijke relatie met iemand tot wie hij in een directe functionele relatie stond. Bovendien bekleedt de betreffende werknemer een zware post. Het lijkt erop dat de werkgever voldoet aan de eis die uit voornoemd vonnis van de kantonrechter Hoorn is af te leiden. Weliswaar is het aangaan van een verhouding een persoonlijke aangelegenheid, maar de school weet aannemelijk te maken dat het gedrag een grote negatieve weerslag heeft op de instelling en arbeidsorganisatie. Daarbij heeft de school oog voor de functie die Drexhage bekleedt. De kantonrechter maakt evenwel korte metten met de weigering de betrokken werknemer toe te laten tot het werk. De doorwerking van art. 8 lid 1 EVRM in de verhouding tussen werkgever en werknemer impliceert dat de school in beginsel geen recht heeft op informatie over de privérelaties van werknemers. Er is niet aangetoond dat de belangen van de werkgever het recht van werknemer op privacy begrenzen. De vraag of de relatie tussen Drexhage en zijn collega een negatieve invloed kan hebben op de instelling, doet volgens de kantonrechter niet ter zake:

‘Het heeft er aldus weg van dat werkgeefster bevreesd is voor waardeoordelen vanuit haar eigen organisatie en van anderen over iets waarvan niet aannemelijk is geworden dat zij er iets mee te maken heeft, waarvan zij niet behoefde te weten en waaraan zij, nu zij daar weet van heeft, niets kan veranderen: gebeurd is gebeurd. Het enkele feit dat de zij een buitenechtelijke relatie van enige tijd geleden moreel verwerpelijk vindt, geeft werkgeefster niet het recht daar, in strijd met het EVRM en het Nederlandse arbeidsrecht, arbeidsrechtelijke consequenties aan te verbinden.’

Hiermee miskent de kantonrechter Zwolle naar mijn opvatting het zware werkgeversbelang, dat is gelegen in het op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging gefundeerde tendenskarakter van de instelling. De kantonrechter verwerpt ook het argument dat de functie van Drexhage ertoe doet bij de beoordeling van het gedrag. Zou dat wel het geval zijn, aldus de kantonrechter, dan zou het betekenen dat de werkgever de morele maatlat afhankelijk van de functie op verschillende hoogtes kan leggen. Eisen die tot onderscheid op een van de verbodsgronden uit de Awgb kunnen leiden, in dit geval burgerlijke staat, moeten nu juist functiegerelateerd zijn, een aambeeld waarop de CGB overigens met ijzeren consequentie hamert. Eisen van identiteit, zoals uitvoerig betoogd, kunnen per functie uiteenlopen.

814 Ktr. Zwolle 30 december 1998, JAR 1999/25 (Buitenechtelijke relatie Drexhage).

Het vonnis van de rechtbank Den Bosch over het ontslag van een eindredacteur bij het Katholiek Nieuwsblad die in een echtscheidingsprocedure is verwikkeld, laat zien hoe een correcte belangenafweging mogelijk is.⁸¹⁵ De kantonrechter is van oordeel dat het betreffende onbenoemde tendensinstelling niet kan worden verweten dat deze zijn buitenechtelijke relatie ten opzichte van zijn werkgever heeft verzwegen. Anders dan de kantonrechter Zwolle in voornoemd vonnis laat de kantonrechter de mogelijkheid open dat het Katholiek Nieuwsblad aan werknemers op de ene afdeling meer ruimte laat voor het naleven van andere leefregels dan de orthodox-katholieke leefregels die gelden voor werknemers op de andere afdeling. Het redactiestatuut vordert van de werknemers op de redactie naleving van de orthodox-katholieke leefregels. Voor administratieve functies is het redactiestatuut echter niet van toepassing, wat ertoe leidt dat op de administratie gescheiden, alsook niet rooms-katholieke en homoseksuele mensen werken. Onder erkenning van de bevoegdheid van de werkgever identiteitseisen te stellen die zich tot de samenlevingsvorm uitstrekken en die voor onderscheiden groepen werknemers verschillen, is de kantonrechter van oordeel dat de omstandigheid van het niet meer in het profiel van het Katholiek Nieuwsblad passen, meer in de risicosfeer van de werknemer ligt dan van de werkgever. Verwijtbaar handelen valt de krant slechts toe te rekenen in zoverre het verzoek van de werknemer tot een andere functie te worden toegelaten, niet is gehonoreerd.

Vermeldenswaard is ook een zaak die zich afspeelt tegen de achtergrond van de rooms-katholieke identiteit: het vormen en en passant verbreken van een relatie tussen werknemers in een kleinschalige arbeidsorganisatie van de stichting Kloosterbejaardenorden van de congregatie De Kleine Zusters van de H. Joseph. Het betreft hier een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap waarbij sprake is van niet-kerkelijke functies. Tussen het hoofd personeelszaken van de congregatie en de directiesecretaresse van de stichting is een relatie ontstaan, aanleiding beider huwelijk te beëindigen. De twee werknemers zijn gaan samenwonen. De (ex-) man van de secretaresse, eveneens bij de stichting werkzaam, is door de situatie arbeidsongeschikt geworden. De werkgevers komen tot de conclusie dat van een onaanvaardbare situatie sprake is. Mede gelet op de levensbeschouwelijke opvattingen van de bewoners van het tehuis en van de andere medewerkers is het naar hun mening niet mogelijk dat het hoofd personeelszaken en de directiesecretaresse bij hen in dienst blijven. De kantonrechter Heerlen motiveert dat het aangaan van een affectieve relatie een fundamentele burgerlijke vrijheid van ieder individu is, tenzij de wet deze vrijheid inperkt. De kantonrechter is van mening zich te moeten onthouden van een oordeel over de relatie die de werknemer met zijn collega is aangegaan.⁸¹⁶ Ook geeft de kantonrechter geen oordeel over het standpunt van de werkgever dat de relatie niet binnen de katholieke signatuur van zijn instelling past. Een dergelijke beoordeling zou plaatsvinden op levensbeschouwelijke en niet op wettelijke gronden, en valt daarmee buiten de bevoegdheid van de rechter.⁸¹⁷

815 Ktr. Den Bosch 6 juni 2007, JAR 2007/149 (Eindredacteur *Katholiek Nieuwsblad*).

816 Ktr. Heerlen 14 maart 2003, JAR 2003/96 (Liefde in het kloosterbejaardenoord).

817 Daarnaast zou de arbeidsrelatie zijn verstoord. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt verzocht. De kantonrechter constateert dat pas na negen maanden een beroep op veranderingen in de omstandigheden is gedaan (art. 7:685 BW), waardoor de situatie in de arbeidsorganisatie veel te lang heeft kunnen doorsudderen.

Zoals de rechtbank Den Bosch in voornoemd vonnis stelt, gaat het voor de rechter echter niet om het vellen van een moreel oordeel, maar om het beoordelen of de werknemer nog in het profiel van de werkgever past. Wanneer de werkgever omwille van het profiel een levensbeschouwelijke identiteitseis stelt, heeft de rechter de bevoegdheid en ook de plicht te beoordelen of deze op wettelijke gronden toelaatbaar is. Om deze toetsing mogelijk te maken, moet de werkgever wel opletten het niet langer voldoen aan de functionele identiteitseis, in de context van de arbeidsorganisatie, als zodanig aan te voeren. In deze zaak lijkt het daaraan te schorten.

Dan is er nog de afwijzing door de kantonrechter Den Haag van het verzoek van de Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder te Oegstgeest de arbeidsovereenkomst met een homoseksuele leraar te ontbinden die zijn huwelijk laat schieten voor een verhouding met een andere man.⁸¹⁸ Dat de leraar de publiciteit heeft gezocht en de wijze waarop hij zich in de media heeft uitgelaten, weegt voor de rechter niet zodanig dat dit grond voor ontbinding vanwege een verstoorde verhouding oplevert. Er is ook sprake van verboden onderscheid wegens homoseksuele gerichtheid in de zin van de Awgb, doordat er geen bijkomende omstandigheden zijn die het ontslag rechtvaardigen. Door een openhartig en inhoudelijk gesprek over de vraag of de leraar onder genoemde omstandigheden nog als geloofwaardig identiteitsdrager van de school zijn werkzaamheden zou kunnen voortzetten, uit de weg te gaan en op voorhand aan te nemen dat zijn vertrek onvermijdelijk was, heeft de school zich volgens de rechter niet als goed werkgever opgesteld. Aan het onderzoek of de keuzes van Renkema meebrachten dat hij niet meer achter de grondslag van de school zou kunnen staan, verbindt de rechter echter een zware restrictie. Het verwerpen of belachelijk maken van de grondslag zou namelijk alleen al niet aan de orde zijn, nu Renkema heeft aangegeven de Bijbelse leer nog steeds ten volle te onderschrijven. Hierdoor wordt het recht van de instelling in verband met het stellen van eisen conform art. 5 lid 2 Awgb nauwkeurig na te gaan welke betekenis in het concrete geval toekomt aan grondslag en doel van die instelling en dit deugdelijk te motiveren, naar mijn mening op voorhand vrijwel onmogelijk gemaakt. Dit klemmt te meer daar de feiten in ieder geval duidelijk maken dat Renkema zichzelf van meet af aan bewust is geweest van het spanningsveld tussen zijn gedrag en de identiteit van de school.

Conform de jurisprudentie van het EHRM moet iedere inmenging in de privacy in het licht van een legitiem doel worden verantwoord. De bijzondere aard en doelstellingen van de tendensinstelling zullen meewegen bij de beoordeling of de inbreuk op dit uiterst persoonlijke aspect van het privéleven is gerechtvaardigd.⁸¹⁹ Inmenging is slechts verantwoord indien dit relevant is voor de arbeidsverhouding. In de uitspraken van het EHRM in de zaken van Obst en Schüth tegen Duitsland blijkt dat een houding van loyaliteit tegenover de werkgever zekere beperkingen in de persoonlijke levenssfeer kan meebrengen.⁸²⁰ Tegenover het recht op het stellen

818 Ktr. Den Haag 2 november 2011, LJN: BU3104 (Homoseksuele leraar).

819 Hendrickx 1999.

820 EHRM 23 september 2010, 425/03 (Obst/Duitsland). EHRM 23 september 2010, 1620/03 (Schüth/Duitsland).

van beperkingen ten aanzien van de samenlevingsvorm stelt het EHRM de plicht van de werkgever hierbij een zorgvuldige afweging van het belang van de werknemer te maken.

Duits staatsburger Bernhard Schüth, geboren in 1957, is sinds midden jaren tachtig van de twintigste eeuw organist en koordirigent in de rooms-katholieke parochie van Sint-Lambert in Essen. Na de scheiding van zijn vrouw in 1994 gaat hij met zijn nieuwe partner samenwonen. Als zijn kinderen in 1997 op de kleuterschool vertellen dat hun papa weer vader gaat worden, roept de decaan van de parochie Schüth op het matje. Hij krijgt ontslag wegens het schenden van de elementaire arbeidsrechtelijke regels van de Rooms-Katholieke Kerk. Door het onderhouden van een buitenechtelijke relatie met een andere vrouw, die bovendien een kind van hem verwacht, heeft hij niet alleen overspel gepleegd maar is hij ook schuldig aan bigamie. Nadat in eerste instantie het Arbeitsgericht Essen het ontslag nietig heeft verklaard, vonnist het Landesarbeitsgericht Düsseldorf in hoger beroep dat de taken van de organist en koordirigent zo nauw met de verkondigende doelstelling van de Rooms-Katholieke Kerk zijn verbonden, dat de parochie Schüth niet kon laten aanblijven zonder alle geloofwaardigheid te verliezen.⁸²¹ In de uitspraak weegt de motivering van het Bundesarbeitsgericht mee dat de eisen van de Rooms-Katholieke Kerk met betrekking tot de echtelijke trouw niet in strijd met de fundamentele rechtsbeginselen zijn.⁸²² Het Bundesverfassungsgericht handelt vervolgens een constitutionele procedure af met een korte verwijzing naar een zwaarwegend arrest van 4 juni 1985, dat de autonome status van de kerkelijke werkgever in het Duitse arbeidsrecht, met inachtneming van de fundamentele beginselen van de rechtsorde, bevestigt.⁸²³ Na het doorlopen van alle procedures blijft Schüth met lege handen staan. Hij stelt een klacht in bij het EHRM.⁸²⁴ Het EHRM maakt een afweging tussen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van Schüth (art. 8 EVRM) en het recht op vrijwaring van ongerechtvaardigde inmenging door de overheid in de autonomie van religieuze gemeenschappen op grond van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van vereniging en vergadering, beide onmisbaar voor het pluralisme in een democratische samenleving (art. 9 en 11 EVRM). Het EHRM aanvaardt dat Schüth zich door het tekenen van de arbeidsovereenkomst tot het innemen van een loyale houding tegenover de Rooms-Katholieke Kerk verplicht, die zijn recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer tot op zekere hoogte beperkt. Zijn handtekening onder het arbeidscontract kan echter niet als ondubbelzinnige verplichting tot een leven van onthouding in het geval van echtelijke verwijdering of echtscheiding worden

821 Arbeitsgericht Essen 9 december 1997, 6 Ca 2708/97 (Schüth I). LAG Düsseldorf 3 februari 2000, Az. 7 Sa 425/98 (Schüth IV).

822 Het BAG had in eerste instantie de uitspraak in hoger beroep vernietigd, omdat niet bij de decaan van de parochie was nagegaan of deze had gepoogd Schüth te bewegen alsnog een einde aan zijn buitenechtelijke verhouding te maken. LAG Düsseldorf 13 augustus 1998, 7 Sa 425/98 (Schüth II). BAG 16 september 1999, 2 ZAR 712/98 (Schüth III).

823 BVerfG 8 juli 2002, Az. 2 BvR 1160/00 (Schüth V).

824 EHRM 23 september 2010, 1620/03 (Schüth/Duitsland). De klacht is niet tegen een optreden van de staat gericht, maar tegen het gebrek aan bescherming door de staat tegen een inbreuk op het privéleven door de werkgever. Art. 8 EVRM kan voor de staat verplichtingen meebrengen die inhouden dat maatregelen moeten worden getroffen ter bescherming van het privéleven in horizontale verhoudingen. Zondag 2011, p. 48.

opgevat. Het gezinsleven van Schüth en de wettelijke bescherming daarvan zijn volgens het EHRM door de Duitse rechters ten onrechte buiten beschouwing gelaten. Daardoor zijn de belangen van de kerkelijke werkgever niet afgewogen tegenover het recht van Schüth op het respecteren van zijn persoonlijke levenssfeer, waaronder begrepen zijn gezinsleven, maar alleen tegenover zijn belang bij het behouden van zijn betrekking. Een diepgaander afweging van de botsende rechten en belangen was op zijn plaats geweest. De vordering wordt toegewezen.⁸²⁵

In een vergelijkbare zaak staat de positie van Michael Obst in het middelpunt. Deze Duitse staatsburger, geboren in 1959, groeit op in de mormoonse religie en trouwt in 1980 in overeenstemming met mormoonse gewoonten. Na diverse functies binnen de Kerk van Jezus Christus van de Heiligen van de Laatste Dagen (de Mormoonse Kerk) te hebben bekleed, wordt Obst in 1986 directeur public relations Europa. In 1993 licht Obst, daartoe door zijn pastor geadviseerd, zijn leidinggevendheid in over zijn slechte huwelijk en een affaire die hij met een andere vrouw is aangegaan. Enkele dagen later krijgt hij mededeling van ontslag op staande voet.⁸²⁶ Het Arbeitsgericht Frankfurt am Main verklaart het ontslag nietig.⁸²⁷ In hoger beroep bevestigt het Landesarbeitsgericht Hessen het vonnis.⁸²⁸ Het Bundesarbeitsgericht verwijst de zaak terug, onder motivering dat Obst de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende plichten niet nakomt, waarop het Landesarbeitsgericht Hessen Obst alsnog in het ongelijk stelt.⁸²⁹ De eisen van de Mormoonse Kerk aan huwelijkse trouw zijn niet in strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde. Ook het Duitse recht kent het huwelijk groot gewicht toe. Het ontslag is noodzakelijk om de geloofwaardigheid van de kerk te behouden, in het licht van de verantwoordelijke positie van Obst als hooggeplaatste communicatiemedewerker. Tot het laten uitgaan van een waarschuwing was de Mormoonse Kerk niet verplicht. Gelet op de lange staat van dienst in de kerk had Obst de ernst van zijn wangedrag moeten beseffen. Ook de revisieprocedure voor het Bundesarbeitsgericht blijft zonder resultaat. Evenals in de zaak van Schüth wijst het Bundesverfassungsgericht in 2002 onder verwijzing naar het arrest van 1985 de grondwettelijke klacht af. Ook Obst stelt een klacht in bij het EHRM.⁸³⁰ De van Obst gevergd loyaliteit is, gelet op alle omstandigheden van het geval, waaronder de verantwoordelijke positie in de arbeidsorganisatie, zijn relatief jeugdige leeftijd en het soort functie, volgens het EHRM op te brengen en te rechtvaardigen. De vordering wordt afgewezen.⁸³¹

De eisen die een tendensinstelling aan het gedrag van werknemers kan stellen, vinden in de jurisprudentie een straffe begrenzing in de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als de relationele sfeer wordt betreden. Rechters trekken de grens vaak dermate strikt, dat zelfs wanneer het gedrag van een werknemer dienaangaande een aantoonbaar negatieve invloed op de interne arbeidsorganisatie en op het

825 Meer over deze uitspraak in paragraaf 4.6.4.

826 Door middel van een interne disciplinaire procedure werd Obst later geëxcommuniceerd.

827 Arbeitsgericht Frankfurt/Main 26 januari 1995 (2 Ca 402/94) (Obst I).

828 Landesarbeitsgericht Hessen 5 maart 1996 (7 Sa 719/95) (Obst II).

829 BAG 24 april 1997, 2 AZR 268/96 (Obst III).

830 EHRM 23 september 2010, 425/03 (Obst/Duitsland).

831 Meer over deze uitspraak in paragraaf 4.6.4.

imago van de instelling heeft, het belang van de privésfeer desondanks prevaleert. Een juridisch correcte toetsing van een identiteitseis die op de burgerlijke staat ziet, vergt geen waardeoordeel van de rechter over de onderliggende godsdienstige en levensbeschouwelijke overwegingen, maar een afweging of voor de eis een objectieve rechtvaardiging voor onderscheid voorhanden is. Erkenning van het recht van de werkgever nauwkeurig na te gaan welke betekenis in het concrete geval toekomt aan grondslag en doel van die instelling en dit deugdelijk te motiveren, veronderstelt dat de rechter de werkgever daadwerkelijk de ruimte moet geven hieraan invulling te geven. In de rechtspraak wordt hiermee echter wisselend omgegaan. Van des te groter belang is de constatering dat het EHRM het stellen van eisen aan de samenlevingsvorm uit het oogpunt van een in te nemen houding van loyaliteit, waarbij de positie die de werknemer in de arbeidsorganisatie bekleedt meetelt, niet met fundamentele beginselen van de rechtsorde strijdig acht te zijn. Over de plicht van de werkgever zich van een zorgvuldige afweging van de belangen van de werknemer te vergewissen, meer in de volgende paragraaf.

4.5.8 Verandering van identiteit

Een werknemer kan bedenkingen krijgen bij wezenlijke aspecten van de identiteit van de instelling. De betekenis van de identiteit voor een functie vertoont evenredig verband met de betekenis van de identiteitsverandering van de werknemer. Zeker voor een functie die het onderschrijven van de identiteit vereist, zal het zwaar wegen wanneer de werknemer er daarmee conflicterende gedachten op gaat nahouden. In mindere mate geldt dat voor een functie waarvoor het respecteren van de identiteit volstaat. In het uiterste geval loopt de arbeidsverhouding gevaar. Daarmee vormt verandering van identiteit het slotakkoord van de doorstroom en de opmaat naar de uitstroom.

Een werkgever die bij de werving voor een bepaalde functie geen rekening houdt met identiteit, omdat deze voor het uitoefenen van de functie op het eerste gezicht wellicht minder rechtstreekse of meetbare betekenis heeft, ondervindt belemmering in het voeren van een personeelsbeleid gericht op doorstroming en interne mobiliteit.⁸³² Zo sluit een tendensinstelling die geen identiteitseisen aan de tuinman stelt, deze van promotie uit voor een functie die wel een relatie met de identiteit heeft. Wanneer de tuinman bijvoorbeeld atheïstische denkbeelden koestert, vormt het behoud van zijn persoonlijke identiteit een obstakel voor de doorstroming naar een functie waarvoor het onderschrijven van de rooms-katholieke identiteit van zijn werkgever een vereiste is.

De CGB oordeelt dat indien de functie-eis vanuit het oogpunt van identiteit een objectieve rechtvaardiging heeft, de verandering van identiteit niet zonder gevolgen blijft. Zo vraagt de onbenoemde tendensinstelling *Nederlands Dagblad* (ND) van werknemers op de redactie het lidmaatschap van een kerkgenootschap dat de Bijbel en de Drie Formulieren van Enigheid is grondslag voor het belijden aanvaardt. Een

⁸³² *Handelingen II*, 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 30.

fotograaf schrijft zich bij de Gereformeerde Kerk (vrijgemaakt) te Barneveld uit en wordt lid van de Evangelische Gemeente Het Kruispunt in Voorthuizen. De CGB constateert dat het ND voor een breed gedragen redactiebeleid kiest, waarbij de redactie uit alle in dienst zijnde journalisten bestaat.⁸³³ Daarbij is het werk van fotografen net zo bepalend voor de identiteit als het werk van de schrijvende journalisten. Op de redactie is geen plaats voor werknemers die de identiteit niet meer onderschrijven. In dezelfde lijn spreekt de CGB zich uit over een leraar aan een scholengemeenschap van gereformeerd vrijgemaakte signatuur die van de Gereformeerde Kerk (vrijgemaakt) naar een nieuwe afsplitsing van dit kerkgenootschap overstapt. Er is een objectieerbare band tussen de functie-eis van het lidmaatschap van de Gereformeerde Kerk (vrijgemaakt) en de te verwezenlijken grondslag van de onderwijsinstelling, waardoor het veranderen van identiteit in het uitoefenen van de functie doorwerkt.⁸³⁴

Hoe moeizaam een wezenlijke verandering van identiteit met goed functioneren in een functie valt te rijmen, laat het Leger des Heils doorklinken in een zaak voor de CGB waarin de vraag centraal staat of deze onbenoemde tendensinstelling in een advertentie voor werving van personeel van een keukenmedewerker een christelijke levensovertuiging mag eisen. Onder de argumenten die het Leger des Heils aanvoert waarom deze eis een wezenlijk onderdeel van de functie uitmaakt, valt te lezen:⁸³⁵

‘Als de levensovertuiging tijdens het dienstverband eindigt, heeft dit uiteraard geen rechtspositionele consequenties. Het vormt echter wel onderwerp van gesprek. In de praktijk voelen mensen zich dan niet meer thuis in de werkomgeving. Het is een essentieel onderdeel van het dagelijks functioneren en is gespreksonderwerp in het werkoverleg. De levensbeschouwing is onderdeel in de behandeling- en zorgplannen ten aanzien van ieder kind. Als in het team iemand op dit punt afhaakt, kan hij eigenlijk niet meer goed functioneren. De betrokkene gaat dan vaak uit eigen beweging weg.’

De opmerking dat wanneer aan de voorgeschreven levensovertuiging gedurende het dienstverband een einde komt, dit ‘uiteraard’ geen rechtspositionele consequenties heeft, staat op gespannen voet met het gewicht van de identiteit voor deze functie. Het Leger des Heils nuanceert deze in theorie coulante opstelling door aansluitend te veronderstellen dat de werknemer die afhaakt ‘eigenlijk’ niet meer goed kan functioneren.

Ook in de jurisprudentie is het zoeken naar een balans tussen het belang van de persoonlijke identiteit en het uitoefenen van de functie te vinden. Een bijzonder ingrijpende vorm van verandering van identiteit betreft de verandering van geslacht. Ook voor collega's en externe contacten kan de gedaantewisseling een ingrijpende ervaring zijn. Reeds in 1983 vonnist de kantonrechter Enschede dat de naar aanlei-

833 CGB 1 december 2003, 2003-145 (Gereformeerd-vrijgemaakte fotograaf).

834 CGB 21 december 2004, 2004-168 (Nieuw-Vrijgemaakte leraar).

835 CGB 23 december 1996, 1996-118 (Keukenmedewerker I).

ding van de geslachtsverandering van een werknemer optredende verstoring van het arbeidsklimaat onvoldoende reden is om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met die werknemer te rechtvaardigen.⁸³⁶

Een verandering van persoonlijke identiteit hoeft geen verband met de functie te houden om toch op het functioneren van invloed te kunnen zijn. Na zijn bekeering tot het christelijke geloof, enkele jaren na zijn indiensttreding bij de Stichting Westfries Gasthuis, geeft een fysiotherapeut op zijn werk uiting aan zijn innerlijke drang bij zijn patiënten te evangeliseren. Onder nadrukkelijke erkenning van het gegeven dat het uiten van een geloofsovertuiging op het werk in het algemeen niet is verboden, maar dat de werkgever daaraan in redelijkheid grenzen kan stellen, wijst de kantonrechter Hoorn het verzoek van het Westfries Gasthuis toe de arbeidsovereenkomst met de fysiotherapeut te ontbinden.⁸³⁷

Een verandering van identiteit die rechtstreeks met het uitoefenen van de functie samenhangt, is te vinden in de eerder besproken rechtszaak tegen een casinomedewerker die gaandeweg zijn dienstverband prangende gewetensbezwaren ziet groeien tegen onbekommerd gokken.⁸³⁸ De kantonrechter Roermond vonnist dat een croupier principieel tegenstander mag zijn van de legale exploitatie van casino's. Van het casino kan echter niet worden geëist medewerking te verlenen aan het streven van de werknemer binnen het kader van de arbeidsovereenkomst het beleid van het casino te veranderen, temeer niet nu dit tot conflicten met collega's leidt. Het verweer van de croupier dat zijn bezwaren niet het casino als zodanig betreffen, maar het gegeven dat mensen die een casino bezoeken en zich daar ruïneren, aan hun lot worden overgelaten en dat het casino hen tijdens het spelen op geen enkele wijze waarschuwt waarmee zij bezig zijn en welke gevolgen hun handelen mogelijk heeft, mag niet baten.

Bij een verandering van identiteit die gevolgen voor het uitoefenen van de functie meebrengt, is in de praktijk het voortzetten van de arbeidsverhouding niet goed denkbaar. Bij aanvang van de dienstbetrekking als hoofdleidster/coördinatrice bij de onbenoemde tendensinstelling Stichting Gereformeerd Centrum Maatschappelijke Dienstverlening is mevrouw Toom lid van een van de Gereformeerde Kerken (vrijgemaakt), een statutaire verplichting wegens de betrokkenheid bij haar werkgever van het betreffende kerkgenootschap. Het beëindigen van het lidmaatschap, met het voornemen lid te worden van een ander kerkgenootschap, is voor de stichting aanleiding ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te verzoeken. De kantonrechter Amersfoort onderkent het gewicht dat de werkgever aan het uittreden van Toom hecht. De stichting richt zich vrijwel uitsluitend op de leden van deze kerkelijke gemeenschap. Daaraan ontleent zij in belangrijke mate haar bestaansrecht, onder meer tegenover de subsidiërende overheid. De kantonrechter stelt:⁸³⁹

836 Ktr. Enschede 10 oktober 1983, *NJ* 1984/627 (Verstoring arbeidsklimaat door geslachtsverandering).

837 Ktr. Hoorn 19 januari 1998, *Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht*, nr. 1372/97 (Christelijke geloofsovertuiging Westfries Gasthuis).

838 Ktr. Roermond 8 maart 1994, *JAR* 1994/138 (Gewetensbezwaarde croupier).

839 Ktr. Amersfoort 29 juli 1987, *Prg.* 2942 (Toom/Gereformeerd Centrum voor Maatschappelijke Dienstverlening). Het betreft een uitspraak van voor het inwerking treden van de Awgb.

‘De functie van mevrouw Toom brengt mee dat zij daarbuiten als representante van de stichting optreedt, intern moet zij het bestuursbeleid voorbereiden. Mede daarom kan de stichting in redelijkheid verlangen dat de betrokken functionaris lid is van een van de met haar verbonden kerken en zich aldus conformeert aan haar normen. Wanneer dat niet langer het geval is, is er in zoverre sprake van een onvermijdelijke botsing van (grond)rechten van mevrouw Toom en de stichting (...). Niet gezegd kan worden dat het recht van mevrouw Toom zonder meer voor dat van de stichting moet wijken, wel dat deze rechten niet met elkaar te verenigen zijn.’

Hierop gelet komt de kantonrechter tot het oordeel dat de basis voor een verdere vruchtbare samenwerking tussen partijen, mede gebaseerd op het uitdragen van de beginselen van de stichting en de geloofsovertuiging van de leden van de met haar verbonden kerken, is komen te ontbreken. Derhalve is er sprake van veranderingen in de omstandigheden van dien aard, dat de dienstbetrekking op korte termijn behoort te eindigen.

Rekening houdend met de mogelijkheid dat de persoonlijke identiteit van de werknemer en de identiteit van de werkgever kunnen gaan uiteenlopen, onderkennen zowel de CGB als de rechter dat de verandering van identiteit het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst onder druk kan zetten. Verschillende mogelijkheden zijn denkbaar. De identiteit van de werknemer kan op gespannen voet komen te staan met de identiteitseis die bij de functie hoort. Naarmate de identiteitseis nadrukkelijker van belang is, is een verandering van identiteit van meer betekenis. Daarnaast kan de verandering van identiteit in de vervulling van de functie doorwerken, ongeacht of voor de functie specifieke identiteitseisen gelden.

4.5.9 Conclusie

Het gedrag van de werknemer heeft weerslag op de grondslag, cultuur en het imago van de tendensinstelling. De besproken sturingsmogelijkheden op het vlak van uiterlijk (kleding, sieraden en versierselen en haardracht), meningsuiting, omgangsvormen, internetgebruik, werk en privé (gedrag en relaties) en verandering van identiteit hebben daarom relevantie voor de identiteit van de tendensinstelling.

In de deelparagrafen zijn per aspect conclusies getrokken. Schematisch gerangschikt, laat het reguleren van gedrag op het werk zich als volgt lezen:

1. Sturing van gedrag:
 - a. instructierecht (voorschriften);
 - b. arbeidsvoorwaarden (afspraken);
 - c. arbeidsomstandigheden (wetten en regelgeving – voorschriften en afspraken).
2. Aspecten van gedrag:
 - a. uiterlijk (kleding, sieraden en versierselen en haardracht);

- b. meningsuiting;
 - c. omgangsvormen;
 - d. internetgebruik;
 - e. werk en privé (gedrag en relaties);
 - f. verandering van identiteit.
3. Functie en gedrag:
- a. relatie met inhoud functie (professionaliteit, veiligheid en representativiteit);
 - b. relatie met vervulling en context functie (houding van goede trouw en loyaliteit in het licht van de cultuur van de arbeidsorganisatie en het imago van de instelling).
4. Concretisering van gedragseisen:
- a. doordacht en helder geformuleerd;
 - b. kenbaar voor betrokkenen (inhoud, naleving en sancties);
 - c. consequente toepassing.
5. Toetsing van gedragseisen:
- a. redelijkheid (goed werkgeverschap en goed werknemerschap: aard van de functie, aard van de branche en maatschappelijke opvattingen);
 - b. grondrechten (objectieve rechtvaardiging: legitimiteit doel, geschiktheid middel en noodzakelijkheid middel: proportionaliteit en subsidiariteit).
6. Gradaties in gedragseisen:
- a. meer restricties (waaronder begrepen het bieden van alternatieven) of een zwaardere onderbouwing naarmate gedragseisen de vrijheid van de werknemer verdergaand beperken;
 - b. meer restricties naarmate het zwaartepunt van gedragseisen van de inhoud van de functie naar de vervulling en de context van de functie verschuift;
 - c. meer restricties bij een beroep van de werknemer op grondrechten dan bij de invulling van de redelijkheid;
 - d. meer restricties naarmate de persoonlijke identiteit sterker in de arbeidsverhouding doorklinkt en daarvan niet los kan worden gezien.

4.6 Uitstroom

4.6.1 Inleiding

De uitstroom, ofwel beëindiging van de arbeidsovereenkomst, kan in enkele hoofdstromen worden gekanaliseerd. De arbeidsovereenkomst kan met wederzijds goedvinden of van rechtswege eindigen. Twee andere beëindigingsroutes zijn opzegging (ontslag op staande voet) en ontbinding door de rechter. Voorafgaand aan de bespreking van deze vormen wordt bezien in hoeverre de werkgever bevoegd is

tot het treffen van een disciplinaire maatregel alvorens het zwaardere middel van ontslag wordt ingezet. Voor de tendensinstelling ligt het belang van de bespreking in het te geven toetsingskader voor de fase waarin de arbeidsverhouding onder druk staat.

4.6.2 Disciplinaire maatregel

Met een disciplinaire maatregel bestraft een werkgever ongewenst gedrag (verwijtbaar of nalatig handelen) met als doel dit gedrag te voorkomen. Een disciplinaire maatregel heeft een ingrijpend karakter.⁸⁴⁰ De minst vergaande maatregel is de waarschuwing of berisping. Meer impact op de rechtspositie van de werknemer hebben de geldboete, de overplaatsing, de degradatie of het inhouden van bepaalde arbeidsvoorwaarden (zoals inhouden van verlofdagen).⁸⁴¹ Volgens de heersende mening in de literatuur dient voor het wijzigen van arbeidsvoorwaarden bij wijze van disciplinaire straf een contractuele grondslag te bestaan.⁸⁴² Dat geldt ook voor een degradatie en de overplaatsing. Een specifieke contractuele grondslag is evenwel niet vereist wanneer sprake is van een ordemaatregel. Men denke aan het geval dat een werknemer vanwege wangedrag ten aanzien van collega's of ondergeschikten tijdelijk moet worden overgeplaatst naar een andere vestiging dan wel –vanwege het gebrek aan vertrouwen van ondergeschikten in hem – niet langer een leidinggevende functie kan vervullen.⁸⁴³ Wat de 'schorsing' betreft, moet onderscheid worden gemaakt tussen de bevoegdheid een werknemer te schorsen ('verplicht naar huis sturen') en de vraag of de werknemer gedurende de schorsingsperiode recht op doorbetaling van loon heeft. De bevoegdheid tot schorsing komt de werkgever toe wanneer op grond van de omstandigheden in redelijkheid niet van de werkgever kan worden verlangd dat hij de werknemer nog langer tewerkstelt. In CAO's kunnen hierover nog aanvullende zaken zijn geregeld, zoals de maximale duur van de schorsingsperiode. Wat het loondoorbetalingsvraagstuk aangaat, geldt het volgende. De werkgever moet op grond van jurisprudentie het loon doorbetalen, tenzij de wettelijke loondoorbetalingsverplichting is uitgesloten in een individuele arbeidsovereenkomst voor de duur van de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst en/of de CAO een uitzondering op de hoofdregel kent.⁸⁴⁴ In sommige CAO's is ook een duidelijk verschil gemaakt tussen de schorsing bij wijze van 'ordemaatregel' en de schorsing als 'disciplinaire straf'. Wil de werkgever de werknemer vanwege wangedrag een boete opleggen, dan zal hij hiertoe contractueel een bevoegdheid

⁸⁴⁰ Zie de motivering in Ktr. Lelystad 24 mei 2005, *JIN* 2005/299 (Disciplinaire sanctie).

⁸⁴¹ Rb. Amsterdam 21 januari 2008, *JIN* 2008/219 (Disciplinaire straf brandweermannen).

⁸⁴² Zondag 2008, p. 20, 22.

⁸⁴³ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 8 december 2009, *LJN* BK6103 (Overplaatsing na ongewenste intimiteiten). Vergelijk ook Ktr. Amsterdam 18 september 2002, *JAR* 2002/232 (Degradatie van leidinggevende vanwege gebrek aan vertrouwen werd afgewezen) en Ktr. Rotterdam 19 april 2002, *JAR* 2002/113 (Degradatie van toezicht-houder op speeltafels bij Holland Casino voor periode van twee jaar werd toegestaan).

⁸⁴⁴ HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 (Van der Gulik/Vissers). Zie hierover S.F. Sagel, Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling?, *Arbeidsrecht* 2003/6-7, nr. 29 en W.A. Zondag, De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon, *ArA* 2003/2, p. 26-61.

moeten hebben voorbehouden.⁸⁴⁵ Ook in CAO's zijn disciplinaire maatregelen te vinden.

Afgezien van de bevoegdheidsvraag ten aanzien van het opleggen van een disciplinaire maatregel moeten ook formele vereisten in acht worden genomen. Het door de werkgever gevoerde beleid moet voldoende kenbaar zijn en er moet sprake zijn van een zorgvuldige besluitvorming.⁸⁴⁶ En gelet op de aard van de maatregel, moet de werkgever voortvarend te werk gaan, zodat de werknemer binnen redelijke tijd na het incident weet wat de gevolgen van zijn gedrag zijn. Niet zelden zijn deze vereisten neergelegd in een CAO. De maatregel dient voorts, met het oog op alle (relevante persoonlijke) omstandigheden van het geval, in verhouding te staan tot de ernst van de verweten gedraging(en) en overigens redelijk te zijn.⁸⁴⁷ Voor het sanctioneren van het niet naleven van gedragseisen spreekt Jacobs de voorkeur uit voor de volgorde waarschuwing, geldboete en in het uiterste geval ontslag.⁸⁴⁸

In de literatuur wordt erop gewezen dat voor de vraag welke sancties een werkgever kan opleggen medebepalend zal zijn het door de werkgever geformuleerde beleid (gedragsregels en op overtreding gestelde sancties). Als het beleid van de werkgever is dat overtreding van een gedragsregel die de werkgever om hem move-rende redenen erg belangrijk vindt zelfs tot een ontslag op staande voet kan leiden, zal een ontslag op staande voet eerder door de rechter worden gerespecteerd. Het protocol moet voor alle werknemers kenbaar zijn en consequent worden toegepast.⁸⁴⁹

In de rechtspraak zijn wel verschillen te vinden in de waardering van de mate van gestrengheid van disciplinaire maatregelen. Streng, transparant en consistent beleid ten aanzien van bepaalde gedragsregels zal al snel een relatief zware sanctie kunnen rechtvaardigen. Ontslag op staande voet, om de zwaarste sanctie te benoemen, wegens het pikken van een pinda uit een geopend zakje dat toch zou worden weggegooid, is daarom naar het oordeel van de voorzitter van de rechtbank Haarlem geoorloofd, nu het beleid van de werkgever zeer transparant is te noemen. Iedere bij de werkgever bekende overtreding van de gedragsregel dat de werknemer niets, van welke waarde dan ook, tot zich zal nemen, leidt tot een ontslag op staande voet.⁸⁵⁰ Uit een zaak voor de kantonrechter Haarlem ruim zeven jaar later blijkt echter dat het ontvreemden van cashewnoten uit een geopend bakje géén dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert.⁸⁵¹ Saillant detail is dat de werkgever in beide zaken het cateringbedrijf van de KLM betreft. In beide gevallen gaat het ook om een werknemer die al een aantal jaren in dienst was en naar volle tevredenheid werkte. Overtreding van gedragsregels in de financiële sector zal ook snel een zware sanctie rechtvaardigen. Zo is het 'doen van eigen bankzaken' een

845 Dat kan volgens de literatuur en rechtspraak ook een in de individuele arbeidsovereenkomst geïncorporeerd personeelshandboek of CAO betreffen.

846 Ktr. Groningen 24 juli 2006, JAR 2007/186 (Alcoholbeleid).

847 Ktr. Nijmegen 9 februari 2007 JIN 2007/103 (Besluitvorming over disciplinaire maatregel).

848 Jacobs 2010.

849 Loonstra & Zondag 2009, p. 163.

850 Rb. Haarlem (vz.) 17 oktober 2000 en Ktr. Haarlem 16 november 2000, JAR 2001/9 (Gepikte pinda).

851 Ktr. Haarlem 2 januari 2008, JAR 2008/26 (Geconsumeerde cashewnoten).

zware overtreding in de bankwereld en leidt dit gedrag in de regel tot een ontslag op staande voet. Hetzelfde geldt voor het opnemen van geld van de rekening van een cliënt of het verhogen van eigen kredietlimieten voor de werknemer.⁸⁵² Het voorgaande neemt niet weg dat de rechter soms op grond van persoonlijke omstandigheden van de werknemer de zware sanctie van ontslag op staande voet te zwaar vindt. Tot dit oordeel komt de kantonrechter Enschede ten aanzien van het ontslag op staande voet dat aan een werknemer was gegeven vanwege het doen van mutaties op de rekening van de eigen kinderen. De kantonrechter acht de sanctie buitenproportioneel.⁸⁵³

‘Het bevreemdt de kantonrechter dat een medewerker van het kaliber Spaaij: 23 jaar in dienst van De Bank met een onberispelijke staat van dienst van 23 jaar, van De Bank zo weinig krediet heeft gekregen. Het moge zo zijn dat De Bank haar gedragsregel strikt wenst na te leven, doch het kan niet zo zijn dat elke schending van die regels automatisch leidt tot een ontslag op staande voet. De overtreding van Spaaij van de regels zijn van te gering gewicht om van het zwaarste middel dat het arbeidsrecht kent te rechtvaardigen.’

Een andere sanctie had volgens de kantonrechter meer voor de hand gelegen.⁸⁵⁴

Hoewel de jurisprudentie geen eenduidig beeld geeft over de sancties op het overtreden van disciplinaire maatregelen, spreekt uit de diverse uitspraken onomwonden de noodzaak voor de werkgever de grijze contouren zo veel mogelijk te omlijnen. Duidelijk en kenbaar moet zijn welk gedrag de werkgever ontoelaatbaar acht en welke disciplinaire maatregelen de werknemer bij het vertonen van het gewraakte gedrag tegemoet kan zien.⁸⁵⁵ De basis voor de disciplinaire maatregelen ligt in de arbeidsovereenkomst of in de CAO.⁸⁵⁶ Een collectieve regeling heeft als voordeel dat de kenbaarheid en het draagvlak aanwezig mogen worden verondersteld.

852 Zie Ktr. Roermond 20 mei 2009, JAR 2009/192 (handelen bankshopmedewerker in strijd met interne gedragslijn t.a.v. ophogen kredietlimieten; dringende reden) en Ktr. Amsterdam 4 september 2009, JIN 2009/687 (dringende reden wegens opnemen van contant geld van cliënt t.b.v. eigen gebruik).

853 Ktr. Enschede 3 mei 2007, JIN 2008/65 (Disciplinaire sanctie bank).

854 Zondag uit zich in een noot kritisch over de motivering waarom de overtreding niet als zo ernstig kan worden aangemerkt dat deze tot ontslag op staande voet kan leiden. Naar zijn mening heeft als uitgangspunt te gelden dat een werkgever op grond van het directierecht zelf bepaalt welke regels in zijn onderneming gelden en welke sancties op overtreding daarvan worden gesteld. Wanneer de gedragsregels bovendien in de CAO staan, is behalve de kenbaarheid voor de werknemer duidelijk dat er draagvlak voor de regels is. Met een beetje gezond verstand, aldus Zondag, is na te gaan waarom een bank de bewuste gedragsregel zo belangrijk vindt. De risico's van grote schade en verlies van vertrouwen in de bank zijn zeer groot. In de tijd die sindsdien is verstreken, heeft deze constatering alleen aan gewicht toegenomen. Zie over de kenbaarheid ook: Ktr. Haarlem 20 mei 2009, LJN: B16258 (Overtreden rookverbod). Zie over de proportionaliteit: Ktr. Haarlem 29 september 2009, LJN: BK0371 (Alcoholverslaving gezagvoerder).

855 Uitgebreid over de wisselende rechtspraak en aanbevelingen terzake: Heida & Buijs 2008.

856 Zoals hiervoor gesteld, een boetebeding moet in de arbeidsovereenkomst zijn opgenomen.

4.6.3 Gedwongen ontslag

Wederzijds goedvinden

Gedragseisen inzake de identiteit raken de kern van de tendensinstelling. Een werknemer die een inbreuk op de eisen van identiteit maakt, kan geen beroep doen op onbekendheid met het belang van de eisen en met de sancties bij het niet eraan voldoen.⁸⁵⁷ Het reguleren van gedrag staat bovendien in het teken van het functioneren van een arbeidsorganisatie die als organische eenheid op het verwezenlijken van de doelstellingen is gericht. Bij het maken van een inbreuk op eisen van identiteit wordt de weerslag ervan op deze arbeidsorganisatie als samenhangend geheel in beschouwing genomen. Het door de werknemer afstand nemen van de identiteit van de werkgever kan uiteindelijk tot ontslag leiden. In dit verband kunnen verschillende ontslagroutes van elkaar worden onderscheiden.

Een arbeidsovereenkomst eindigt in veruit de meeste gevallen met wederzijds goedvinden van de werkgever en de werknemer. De ene partij doet een aanbod tot beëindiging en de andere partij stemt met dit aanbod in (art. 6:217 BW). Hoewel Boek 7 titel 10 BW van deze wijze van beëindiging geen melding maakt, is deze ook op de arbeidsovereenkomst van toepassing.⁸⁵⁸ De rechtspraak van de Hoge Raad kent de werknemer wel de nodige bescherming toe tegen al te lichtvaardig instemmen met een voorstel tot het sluiten van een beëindigingsovereenkomst.⁸⁵⁹ Ingeval een werknemer de identiteit van de werkgever niet langer wenst uit te dragen of te respecteren en/of zich niet gedraagt conform hetgeen van hem wordt verwacht (bijvoorbeeld een leraar die ongehuwd gaat samenwonen), zal de werkgever vaak tot het sluiten van een beëindigingsovereenkomst trachten te komen. Onderdeel daarvan kan zijn dat de werkgever de werknemer een ontslagvergoeding betaalt. Het kiezen van deze weg heeft als belangrijk voordeel dat werkgever en werknemer op deze wijze zo min mogelijk imagoschade hoeven te lijden. De zaak komt dan niet in de publiciteit en alle gevolgen van dien.

Einde van rechtswege

Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik aangegeven (art. 7:667 lid 1 BW). Het aantal malen dat de wet of het gebruik de tijd aangeeft, is verwaarloosbaar klein. Door het sluiten van een huwelijk, het aangaan van een geregistreerd partnerschap, zwangerschap of bevalling kan de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigen. Een beding daartoe in de arbeidsovereenkomst is nietig (art. 7:667 lid 7 en 8 BW). Een werkgever kan in een geval dat een werknemer ervan blijk geeft niet conform de identiteit van de werkgever te willen werken en leven, besluiten het contract niet te verlengen. Voor hem is dit een eenvoudige wijze om de ont-

⁸⁵⁷ Zoals in paragraaf 4.5.9 gesteld, horen bij het sturen van gedrag een doordachte en heldere formulering van de regels, kenbaarheid van de inhoud, naleving en sancties ervan voor de betrokkenen en een consequente toepassing van zowel het naleven van de eisen als de sancties bij het niet eraan voldoen.

⁸⁵⁸ Loonstra & Zondag 2010, p. 501.

⁸⁵⁹ Zie voor een overzicht van de rechtspraak De Graaf & Zondag 2011.

stane spanning in de arbeidsrelatie op te lossen. Bij het voorgaande geldt wel dat de werknemer mogelijk het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst aanvecht op grond van door de werkgever gemaakt onderscheid dat in de Awgb is verboden. Men denke aan het geval dat contract met een leraar niet wordt verlengd, omdat de leraar ongehuwd is gaan samenwonen (met een partner van het gelijke geslacht).

Opzegging

Voor de opzegging heeft de werkgever voorafgaande toestemming van het UWV nodig (art. 6 lid 1 BBA). Een opzegging zonder de vereiste toestemming is vernietigbaar (art. 9 lid 1 BBA).⁸⁶⁰ In paragraaf 3.7 is de procedure en de uitzonderingspositie in het BBA voor onderwijzend en docerend personeel aan onderwijsinstellingen en personen die een geestelijk ambt bekleden, besproken. Art. 2 lid 1 onder b BBA zondert onderwijzend of docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinstellingen, die onder beheer van een natuurlijk of rechtspersoon staan, uit van de toepassing van het BBA. Voor dit personeel staat de mogelijkheid van beroep bij een commissie van beroep open. Het bevoegd gezag onderwerpt zich aan de uitspraak (art. 60 lid 3 WPO).⁸⁶¹ Op personeel dat geen mogelijkheid van beroep bij een commissie van beroep heeft, is het BBA weer wel van toepassing. Art. 2 lid 1 onder c BBA zondert personen die een geestelijk ambt bekleden uit. Waar de grens ligt tussen een geestelijk ambt en andere kerkelijke functies binnen een kerkgenootschap, hangt van de concrete omstandigheden van het geval af.

Wanneer de tendensinstelling onder de reikwijdte van het BBA valt, zal toestemming aan UWV WERKbedrijf moeten worden verzocht, alvorens de werkgever tot opzegging kan overgaan. UWV WERKbedrijf zal toetsen of het verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer te mogen opzeggen, gerechtvaardigd en dus redelijk is. Art. 3:1 Ontslagbesluit verwoordt deze redelijkheidstoets. De eerste volzin luidt: 'Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is.' Deze redelijkheidstoets moet het resultaat zijn van een afweging van mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer en eventueel andere belangen. Wat betreft de werkgever kan dit bijvoorbeeld betekenen dat UWV WERKbedrijf nagaat wat de financiële draagkracht van de onderneming is en welke mogelijkheden de werkgever nog heeft om het ontslag te voorkomen door interne overplaatsing of een gewijzigde werkorganisatie. Met betrekking tot de werknemer zal UWV WERKbedrijf bijvoorbeeld de arbeidsmarktpositie van betrokkene in ogenschouw nemen, mede gelet op diens leeftijd en de lengte van het dienstverband. De afweging van deze mogelijkheden en belangen resulteert in een oordeel betreffende de redelijkheid van het ontslag. Het Ontslagbesluit heeft de algemene toetsingsmaatstaf van de redelijkheid voor enkele redenen in het bijzonder uitgewerkt. Het gaat hier om gronden die het overgrote deel uitmaken van de motieven die werkgevers aanvoe-

⁸⁶⁰ De mededeling van de werknemer dat deze de arbeidsovereenkomst wil opzeggen, is voor een werkgever minder ingrijpend. Voorafgaande toestemming van het UWV is voor de werknemer sinds 1 januari 1999 (toen nog CWI) daarom niet meer nodig.

⁸⁶¹ Over de procedure en de juridische status van de uitspraken van de commissie van beroep meer in paragraaf 6.3.3.

ren bij het indienen van het toestemmingsverzoek ex art. 6 BBA, te weten ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden, of ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen vooral twee subcategorieën, te weten disfunctioneren van de werknemer en de verstoorde arbeidsrelatie. Behalve disfunctioneren kan ook een verstoorde arbeidsrelatie aan een verzoek van de werkgever ex art. 6 BBA ten grondslag liggen.

Bij ontslag van een werknemer die niet langer overeenkomstig de identiteit van de werkgever werkt en leeft, zal het in de regel gaan om een ontslag dat in de categorie ‘verstoorde arbeidsrelatie’ valt. Daarover kan het volgende worden gemeld. Een dergelijk verzoek zal worden gehonoreerd wanneer de werkgever aannemelijk kan maken dat de relatie ‘ernstig en duurzaam is verstoord’ (art. 5:1 lid 5 Ontslagbesluit). Tevens zal hij op grond van hetzelfde artikellid aannemelijk moeten maken dat herstel van de relatie, al dan niet door middel van overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk is. Omdat UWV-medewerkers de inhoud van het Ontslagbesluit serieus (moeten) nemen en het dus niet altijd eenvoudig zal zijn de criteria van art. 5:1 lid 5 daarvan te trotseren, kiezen werkgevers – ook tendensinstellingen – doorgaans niet voor opzeggingsroute, maar voor de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW.⁸⁶² Kantonrechters blijken namelijk veelal na summier onderzoek bereid te zijn de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen, gelegen in een verstoorde arbeidsrelatie (zie hierna).

Zoals eerder opgemerkt en uitgewerkt, is het de werkgever verboden bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst onderscheid te maken op gronden die de wet verbiedt (art. 5 lid 1 onder c Awgb). Dit verbod geldt ook wanneer UWV WERKbedrijf toestemming heeft gegeven de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De uitzonderingen op het verbod van onderscheid zijn in art. 2 en art. 5 lid 2 Awgb te vinden. Het beëindigen van de arbeidsverhouding in strijd met art. 5 Awgb is vernietigbaar (art. 8 Awgb). Art. 7:646 lid 1 BW verbiedt het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst. Een hiermee strijdig beding is nietig (art. 7:646 lid 11 BW). Een hiermee strijdige opzegging is vernietigbaar (art. 7:647 lid 1 BW). Het verbod geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief is gerechtvaardigd (art. 7:646 lid 10 BW).⁸⁶³ Een soortgelijke bepaling biedt art. 7:648 BW ten aanzien van onderscheid naar arbeidsduur.

Ontslag op staande voet

Dan is er nog de opzegging wegens dringende redenen. Een dringende reden maakt

⁸⁶² De Beleidsregels Ontslagtaak van het UWV besteden, behalve het benoemen van het toepassingsbereik (Hoofdstuk 1, Toepassingsbereik Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen, paragraaf 1, Is het BBA van toepassing?, b. Uitzonderde groepen werknemers, p. 2, 3) geen andere aandacht aan vraagstukken van identiteit, behalve de constatering dat deze tot een verstoorde arbeidsverhouding kunnen leiden. (Hoofdstuk 27, Verstoorde Arbeidsrelatie, paragraaf 4, Ernstig en duurzaam verstoord relatie tussen werkgever en werknemer, b. Arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer. Juridisch kader en kwesties van ethiek of levens- en wereldbeschouwing, p. 5).

⁸⁶³ Geen van de methoden van beëindiging van de arbeidsovereenkomst mag tot een resultaat leiden dat in strijd is met de norm van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulst 2010, p. 87.

zowel de werkgever als de werknemer bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij op te zeggen (art. 7:677 lid 1 BW en art. 6 lid 2 onder a BBA). De gevolgen van zo'n ontslag zijn niet mis. De werknemer is 'rechteloos'. Er is geen opzegtermijn, geen beoordeling van het ontslag door UWV of kantonrechter, geen ontslagvergoeding en (tenzij verwijtbaarheid bij de werknemer ontbreekt) geen aanspraak op een WW-uitkering.⁸⁶⁴ Wanneer is nu sprake van een dringende reden? Voor de werkgever worden als dringende redenen beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer die tot gevolg hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (art. 7:678 lid 1 BW).⁸⁶⁵ Een aantal mogelijke dringende redenen staat, niet limitatief, opgesomd in art. 7:678 lid 2 BW. Het volgende, in de rechtspraak ontwikkelde criterium, moet daarbij worden aangelegd:⁸⁶⁶

'Bij de beoordeling van de vraag óf van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren ook in de beschouwing te worden betrokken de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zouden hebben.'

Het gaat dus om een afweging van meerdere omstandigheden, zoals de 'aard en de ernst' van het vergrijp, maar ook bijzondere persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Er zal dus ook per geval en per werknemer een beoordeling worden gemaakt. Niet alle gevallen zijn 'gelijk' aan elkaar. Zo kan diefstal door een werknemer die nog geen jaar in dienst is een ontslag op staande voet rechtvaardigen, maar kan deze straf voor een werknemer met een heel lang dienstverband net even te zwaar zijn. In de literatuur is men wel van 'gezichtspunten' gaan spreken die de rechter in acht moet nemen bij zijn oordeel of het gegeven ontslag terecht is verleend.⁸⁶⁷ Voor de rechtsgeldigheid van de opzegging wegens dringende redenen door de werkgever, beter bekend als ontslag op staande voet, is van geen belang of de werknemer een verwijt kan worden gemaakt. Deze opzegging is geen straf, maar een ordemaatregel.⁸⁶⁸

Het maken van een dusdanige inbreuk op de identiteit dat het de werknemer klip-en-klaar duidelijk zal zijn dat deze voor de werkgever onaanvaardbaar is, kan tot ontslag op staande voet leiden. Wat wangedrag is, moet worden gezien in het licht van de regels met betrekking tot de identiteit. Omdat een reguliere werkgever gedrag minder scherp stuurt op identiteit, zal een dringende reden in de zin van

⁸⁶⁴ Er kan namelijk sprake zijn van een dringende reden zonder dat de werknemer dienaangaande een verwijt treft, zoals bij verslavingsproblematiek: HR 13 april 1984, NJ 1985/2 (m.n. Pas) (Schrijen/Veders) en HR 3 maart 1989, NJ 1989/549 (m.n. PAS) (Choaibi/NS).

⁸⁶⁵ Een beding dat de beslissing of er een dringende reden is in de zin van de art 7:677 lid 1 BW aan de werkgever overlaat, is nietig (art. 7:677 lid 3 BW).

⁸⁶⁶ HR 17 december 2010, JAR 2011/10 (ABN AMRO); HR 12 februari 1999, JAR 1999/102 (S./E.); HR 20 juni 2003, JAR 2003/179 (Wickel/Klene).

⁸⁶⁷ Loonstra & Zondag 2010, p. 427-432. Quist 2006, p. 4-46. Sagel & Verhulp 2005, hoofdstuk 6. Zie meer algemeen Loonstra & Quist 2011, p. 317-323. Zie ook Duk 2011, p. 317-323.

⁸⁶⁸ Koevoets 2006, p. 124.

7:677 lid 1 BW zich met betrekking tot de in paragraaf 4.5 besproken aspecten van gedrag minder snel voordoen. Een werknemer van een tendensinstelling met een orthodox-protestantse signatuur die zonder veel ophef te maken een buitenechtelijke relatie aangaat, vertoont gedrag dat niet in overeenstemming is met de identiteit van zijn werkgever. De functie van de werknemer en diens functioneren in de arbeidsorganisatie in aanmerking genomen, is ontbinding van de arbeidsovereenkomst denkbaar. Naarmate dezelfde werknemer de buitenechtelijke relatie door uitlatingen en gedrag nadrukkelijker binnen de werksfeer trekt, komt het moment dichterbij waarop een dringende reden voor ontslag op staande voet aanwezig kan worden geacht. Wanneer een werknemer van een rooms-katholiek verzorgingsstehuis twijfels krijgt over het gevoerde beleid inzake het afwijzen van euthanasie, is het mogelijk dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden tot een einde komt. Wanneer dezelfde werknemer zijn nieuwe inzichten actief op zijn werk gaat uitdragen, kan ontslag op staande voet daarvan het gevolg zijn. Kortom, er is sprake van een glijdende schaal die loopt van het niet meer onderschrijven of respecteren van de identiteit tot aan het vertonen van gedrag in strijd met de identiteit. Naarmate de werknemer nadrukkelijker gedrag vertoont dat haaks op de identiteit staat, wordt de aanwezigheid van een dringende reden voor onverwijlde opzegging aannemelijker.

Ontbindingsprocedure

Er zijn situaties waarin gedwongen voortzetting van de arbeidsverhouding onverenigbaar is met het persoonlijke karakter van de dienstbetrekking. Het duale ontslagstelsel voorziet behalve in opzegging door het bewandelen van de BBA-route of langs de weg van ontslag op staande voet, in het bewerkstelligen van het einde van de arbeidsovereenkomst door een ontbindingsprocedure voor de rechter.

De kantonrechter kan bij beschikking op verzoek van de werkgever (meestal) of werknemer de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige reden ontbinden. De verzoeker zal aannemelijk moeten maken dat er gewichtige redenen zijn die tot ontbinding van de overeenkomst dienen te leiden. Elk beding dat deze bevoegdheid uitsluit of beperkt, is nietig. In de afweging betreft de kantonrechter de vraag of sprake is van een opzegverbod (art. 7:685 lid 1 BW). Als gewichtige reden is vooral van belang de situatie waarin sprake is van veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen (art. 7:685 lid 2 BW). Verstoring van de arbeidsverhouding, disfunctioneren van de werknemer en financieel-economische omstandigheden vallen onder deze veranderingen in de omstandigheden. De andere gewichtige reden ligt in omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in art. 7:677 lid 1 BW zouden hebben opgeleverd wanneer de arbeidsovereenkomst om die reden onverwijld zou zijn opgezegd.⁸⁶⁹

De gewichtige redenen worden geacht zo precair te zijn, dat beide partijen zo

⁸⁶⁹ In wezen betreft deze grond een ontslag op staande voet *op korte termijn* in plaats van *onverwijld*, waarbij de nu door de kantonrechter te beantwoorden schuldvraag het gerezen belangengeschil met de werknemer dat de werkgever tot het verlenen van ontslag op staande voet noopt, verdringt.

snel mogelijk uit elkaar moeten, desnoods de dag volgend op de datum waarop de beschikking is uitgevaardigd. Verandering in de omstandigheden hoeft niet te worden bewezen, maar 'slechts' aannemelijk worden gemaakt.⁸⁷⁰

4.6.4 Redelijke grond voor ontslag

Wanneer een werknemer voorschriften of afspraken schendt, kan beëindiging van de arbeidsovereenkomst daarvan het gevolg zijn. Om deze uiterste consequentie te kunnen toepassen, moet de werkgever zich ervan vergewissen of het sanctiebeleid doordacht en helder geformuleerd is, kenbaar is voor betrokkenen en voldoet aan de vereisten van redelijkheid (proportionaliteit) en noodzakelijkheid (subsidiariteit). Bij gedrag dat de identiteit schaadt, zal de sanctie in redelijke overeenstemming moeten zijn met de mate waarin de identiteit schade ondervindt. De aard van het conflict, de aard van de functie en bijkomende omstandigheden van het geval wegen mee. De persoonlijke omstandigheden zijn daarbij een factor, zoals de gevolgen van het ontslag. De noodzakelijkheid komt tot uiting in het zoeken naar alternatieven in die gevallen waarin opzegging wegens een dringende reden niet aan de orde is. Het kan om een sanctie gaan die losstaat van de functie. Het kan ook een sanctie betreffen die de functie zelf betreft. Indien de werknemer wegens het niet voldoen aan gedragseisen niet langer de eigen functie kan vervullen, is de werkgever gehouden binnen de arbeidsorganisatie naar andere mogelijkheden te zoeken. Wanneer ook daar geen mogelijkheden meer liggen, staat de deur voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst definitief open. In het ernstigste geval kan ontslag op staande voet een passende sanctie zijn.

Kortom, de werkgever moet een aantal afwegingen maken bij het beoordelen van een ontslag vanwege een identiteitsconflict en bij het beantwoorden van de vraag of een ontslagvergoeding moet worden toegekend. De volgende relevante aspecten krijgen hierna achtereenvolgens bespreking: juridisch kader, aard van het conflict, aard van de functie, alternatieven, bijkomende omstandigheden en ontslagvergoeding.

Juridisch kader

Het beëindigen van de arbeidsovereenkomst veronderstelt eerst het daaraan voorafgaande bestaan van een arbeidsovereenkomst. De besproken rechtszaken rond de predikanten Kruis en De Boer tegen de Christelijke Gereformeerde Kerken waaraan zij waren verbonden, laten zien hoe noodzakelijk het is dat het kerkgenootschap in de statuten alsmede in de overeenkomst met bedienaren van het geestelijk ambt en andere kerkelijke functionarissen reeds in een vroegtijdig stadium duidelijkheid over de gewenste rechtsverhouding schept.⁸⁷¹ Op een overeenkomst met

⁸⁷⁰ Loonstra & Zondag 2010, p. 450.

⁸⁷¹ HR 14 juni 1991, NJ 1992/173 (Kruis/CGK Den Bosch). Ktr. Zwolle-Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005/58 (Zeewolde II). Zie ook: Rb. Rotterdam 2 september 2008, RAR 2008/167, JAR 2008/265 (Rechtsverhouding congregatie en broeder).

een sui generis-karakter zijn de regels van het arbeidsrecht niet van toepassing, ook niet wanneer de rechtsverhouding tot een einde komt. Wel is de rechter bevoegd bijvoorbeeld de vermogensrechtelijke aspecten van de beëindiging te toetsen.⁸⁷²

Aard van het conflict

Relevant is de aard van het conflict. Gaat het om een werknemer die expliciet niet langer de identiteit van de werkgever kan onderschrijven of respecteren en is sprake van een tendensinstelling met een sterke, uitgesproken identiteit dan zal in de regel het ontslag gelegitimeerd zijn. Het maakt wel verschil of de werkgever de identiteitseisen tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst heeft aangescherpt (en de werknemer weigert hieraan te voldoen) dan wel dat de werknemer reeds bij indienstreding bekend was of had kunnen zijn van de gestelde identiteitseisen.⁸⁷³ Gaat het om een werknemer die eenmalig zijn boekje te buiten is gegaan, bijvoorbeeld een leraar die in boosheid grove woorden gebruikt, en spijt betuigt, dan zal ontslag nog niet snel aan de orde zijn. Is daarentegen sprake van een vast patroon in het gedrag (veelvuldig gebruik van grove woorden) of een niet terug te draaien stap die de werknemer heeft gezet (verlaten van echtgenote op niet bijbelse grond) dan kan ontslag wel weer gelegitimeerd zijn.

Met betrekking tot bovenstaand aspect heeft de Duitse rechter in de zaak van Schüth volgens het EHRM ten onrechte geen rekening gehouden met het gegeven dat Schüth zijn relatie niet onder de aandacht van de media heeft gebracht en dat hij, na een dienstverband van veertien jaren met de parochie, niet het standpunt van de Rooms-Katholieke Kerk ter discussie heeft gesteld. Voor de werkgever is de overspelige relatie, althans het voortbestaan ervan, bepalend voor de aard van het conflict. Dat Schüth geruime tijd in dienst was van de parochie en dat hij zijn relatie niet onder de aandacht van de media heeft gebracht, zijn bijkomende omstandigheden die meewegen bij het bepalen van de gevolgen ervan voor de arbeidsverhouding. Over het niet ter discussie stellen van het standpunt van de Rooms-Katholieke Kerk kan worden opgemerkt dat Schüth door zijn gedrag juist wél blijk geeft van een andere stellingname.⁸⁷⁴ Een eendere bedenking valt in te brengen tegenover de afweging van de kantonrechter Den Haag in de eerder besproken zaak-Renkema.⁸⁷⁵ Ten onrechte hanteert de rechter de als openhartig en integer ervaren verwoording van het standpunt van Renkema en diens opstelling als uitgangspunt voor het beoordelen of van een identiteitsconflict sprake is. Door deze opstelling zou de school het argument dat Renkema niet meer achter de grondslag van de school zou (kun-

872 Hof Arnhem 19 januari 2010 LJN: BL0003 (Zeewolde IV). De rol van de burgerlijke rechter in procedures van alternatieve geschilbeslechting komt in Hoofdstuk 6 uitgebreid aan de orde.

873 In de rechtszaak van de KLM tegen een stewardess over haar uiterlijk, oordeelt de rechter dat de uniformregels duidelijk en gedetailleerd zijn vastgelegd en voor de werknemster van meet af aan kenbaar waren. Ktr. Haarlem 24 september 2010, LJN: BO2066 (Kale stewardess). Jacobs stelt dat de werkgever bij latere invoering soepel zal moeten zijn door het hanteren van een overgangstermijn. Uiteindelijk mag hij de nieuwe eis opleggen, als deze tenminste op de eerdere gronden mogelijk is. Jacobs 2010.

874 Zo zijn ook in de zaak van de gewetensbezwaarde croupier niet de bedenkingen tegen gokken als zodanig relevant, maar het daaraan uiting geven in de arbeidsverhouding. Ktr. Roermond 8 maart 1994, JAR 1994/138 (Gewetensbezwaarde croupier).

875 Ktr. Den Haag 2 november 2011, LJN: BU3104 (Homoseksuele leraar).

nen) staan en dat hij niet nog in staat zou zijn op geloofwaardige wijze de grondslag uit te dragen, niet meer kunnen inbrengen. De wijze waarop Renkema zich opstelt, waarbij hij overigens anders dan Schüth nog eens zelf de media had opgezocht, doet inhoudelijk echter niets af aan het identiteitsconflict als zodanig.

Aard van de functie

In het licht van het hiervoor gestelde, is ook de functie van de werknemer van belang. De ene functie heeft een nauwer verband met de identiteit dan de andere. Daarbij weegt mee de context van de arbeidsorganisatie waarbinnen de functie wordt uitgeoefend.

In de zaken van Schüth en Obst, voor wat de verhouding tussen werk en privé betreft reeds besproken, stelt het EHRM de afweging die de werkgever moet maken zoals hiervoor uit de nationale rechtspraak is opgemaakt, scherp. In het bijzonder de grondige toetsing van de gedragseisen aan de functie en de zo meteen te bespreken afweging van de gevolgen van het voorgenomen ontslag zijn aspecten waarvan de tendensinstelling zich rekenschap moet geven. Ten aanzien van de toets aan de functie-eisen constateert het EHRM dat de Duitse rechter in de zaak van Schüth zonder nader onderzoek is meegegaan met de constatering van de parochie dat, hoewel de functie organist en koordirigent niet onder de categorie kerkelijke functies valt voor welke op bepaalde ernstige vormen van wangedrag ontslag staat (te weten leidinggevend en degenen die werkzaam zijn in adviserende functies, of in de catechese), de taken van Schüth zo nauw met de verkondigende doelstelling van de kerk zijn verbonden, dat de parochie hem niet kon laten aanblijven zonder alle geloofwaardigheid te verliezen.⁸⁷⁶ Het EHRM acht een inhoudelijke afweging in de concrete situatie op zijn plaats. Deze afweging acht het EHRM in de zaak van Obst te zijn gedaan. In deze zaak is het evident dat voor een hooggeplaatste communicatiemedewerker, met een verantwoordelijkheid voor de public relations in Europa, zware identiteitseisen gelden.⁸⁷⁷

Alternatieven

Van de werkgever kunnen inspanningen worden verwacht om ontslag te voorkomen, zoals het zoeken naar minder bezwaarlijke alternatieven. Pas wanneer ontslag werkelijk niet is te voorkomen, komt ontslag in beeld en kan worden bezien of het ontslag moet worden verzacht door betaling van een vergoeding.

Zoals aan het begin van deze paragraaf gesteld, is in de jurisprudentie over sancties geen volstrekt eenduidige lijn te ontwaren. Zo acht de kantonrechter Enschede het ontslag bij overtreding van een interne gedragscode een te zware sanctie voor een medewerkster van een bank met een staat van bijna een kwart eeuw onberispelijke dienst.⁸⁷⁸ Maar de kantonrechter Haarlem wijst het ontbindingsverzoek van

⁸⁷⁶ EHRM 23 september 2010, 1620/03 (Schüth/Duitsland).

⁸⁷⁷ EHRM 23 september 2010, 425/03 (Obst/Duitsland).

⁸⁷⁸ Ktr. Enschede 3 mei 2007, JIN 2008/65 (Disciplinaire sanctie bank). Zie ook: Ktr. Haarlem 4 maart 2003 JAR 2003/117 (Internetprotocol).

een cateringbedrijf toe die een leidinggevende werknemer wil ontslaan die een, naar zijn zeggen retour gekomen, zak noten heeft opgegeten.⁸⁷⁹ Vervolgens KLM, die een werknemer wil ontslaan die het niet nauw met de voorschriften neemt. Nu nergens blijkt hoe de luchtvaartmaatschappij medewerkers heeft geïnformeerd over het verbod om te slapen en maaltijden te nuttigen in de vliegtuigen en welke gevolgen een overtreding van dit verbod tot gevolg zou hebben, vonnist de kantonrechter Haarlem de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van enkele incidenten echter als te ingrijpend.⁸⁸⁰ De genoemde zaken geven hoe dan ook aan, hoezeer van belang is dat een werkgever de consequenties van het overtreden van voor de instelling en arbeidsorganisatie wezenlijke voorschriften en afspraken kenbaar maakt. Bij een bewust identiteitsbeleid, uiteengezet in de vorige paragrafen, past het helder in beeld brengen van de gevolgen van het overtreden van de gedragseisen en het zodoende schaden van de identiteit en waarom bepaald gedrag zo zwaarwegend kan zijn dat het tot uitstroom leidt.

Afspraken en voorschriften kunnen een dermate zwaarwegend karakter hebben dat het overtreden ervan ontslag op staande voet tot gevolg kan hebben. Het Hyatt-arrest illustreert dat in minder ernstige gevallen het zoeken naar een serieus alternatief binnen de arbeidsorganisatie de weg effent voor het verlenen van ontslag wanneer de werknemer blijft weigeren zich aan voorschriften en afspraken te houden.⁸⁸¹ Nu het antidrugsbeleid, zoals eerder besproken, is toegestaan en de belangen van de werknemer bij het overtreden ervan voldoende zijn onderkend, zoals uit het aangeboden alternatief blijkt, staat niets de sanctie van ontslag in de weg. Het gegeven dat het voor de werknemer de eerste keer een positief testresultaat voor cocaïne betreft, doet aan de dringende reden niet af. Een waarschuwing is niet vereist.

Een soortgelijke afweging, die voor het concrete geval tot een ander resultaat leidt, is te vinden in de zaak van een gezagvoerder van KLM die aan alcoholverslaving lijdt. De kantonrechter Haarlem spreekt over een zware misstap, maar vonnist dat ontslag een te zware sanctie is door het ontbreken van een alternatief.⁸⁸² De man toont zijn goede wil door aan een speciaal traject voor vliegeniers deel te nemen. Op dit moment kan niet objectief worden geoordeeld dat het vertrouwen in de gezagvoerder onherstelbaar is beschadigd, terwijl het uitoefenen van de functie als zodanig nooit in gevaar is geweest. Ten aanzien van de besproken zaak van een stewardess die in weerwil van de regels voor het uiterlijk voor cabinepersoneel een extravagant uiterlijk heeft, overweegt de kantonrechter Haarlem dat KLM lang genoeg geduld heeft betoond en de werkneemster voldoende kansen gegeven om haar gedrag te verbeteren, zodat de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden.⁸⁸³

Het Hyatt-arrest en de vonnissen in de zaken van de gezagvoerder en de stewardess, beide bij KLM, wijzen op het belang bij het toepassen van sancties van het

879 Rb. Haarlem (vz.) 17 oktober 2000 en Ktr. Haarlem 16 november 2000, JAR 2001/9 (Gepikte pinda).

880 Ktr. Haarlem 4 augustus 2005, JIN 2005/333 (Consequent toepassen regels). Zie ook: Ktr. Tilburg 12 juni 2003, JAR 2003/176 (Verboden internetgebruik).

881 HR 14 september 2007, JAR 2007/250, JIN 2007/625 (m.n. Zondag) (Hyatt Aruba).

882 Ktr. Haarlem 29 september 2009, LJN: BK0371 (Alcoholverslaving gezagvoerder). Zie ook: Ktr. Haarlem 4 maart 2003 JAR 2003/117 (Internetprotocol).

883 Ktr. Haarlem 24 september 2010, LJN: BO2066 (Kale stewardess).

zoeken naar alternatieven met behoud van de functie. Zeker wanneer de identiteit in de voorschriften en afspraken een overwegende rol speelt, kan het voor een tendensinstelling bijzonder lastig worden de werknemer in diens functie te handhaven. In dat geval moet een alternatief voor het beëindigen van de arbeidsverhouding in een andere functie worden gezocht. In de besproken zaak van de redacteur van het Katholiek Nieuwsblad komt dat aan de orde. Hoewel de omstandigheid van het niet meer in het profiel van de krant passen meer in de risicosfeer van de werknemer dan van de werkgever ligt, is de werkgever gehouden te bezien of een functie buiten de redactie is te vinden.⁸⁸⁴

Voorwaarde om een alternatief binnen de arbeidsorganisatie te kunnen bieden, is dat niet voor alle functies dezelfde identiteitseisen gelden. Zo zal in instellingen waarin de identiteit dusdanig in de arbeidsorganisatie doorklinkt, dat ook aan de keukenmedewerker en de functioneel applicatiebeheerder zware identiteitseisen worden gesteld, een alternatieve functie moeilijk zijn te vinden.⁸⁸⁵ Daarbij komt dat specifieke functies niet gemakkelijk inwisselbaar zijn voor andere werkzaamheden. Het is moeilijk denkbaar dat een fotograaf bij een krant als systeembeheerder, administrateur of vertegenwoordiger aan de slag kan.⁸⁸⁶ Voor een leraar die niet aan de identiteitseisen voldoet, zal een school wellicht nog moeilijker een alternatief binnen de eigen arbeidsorganisatie kunnen vinden.⁸⁸⁷

Bijkomende omstandigheden

Bijkomende omstandigheden kunnen een ontslag sterker of minder gerechtvaardigd doen zijn. Bijkomende omstandigheden die de ontslaggrond versterken, vormt onzorgvuldig gedrag van de werknemer in de conflictsituatie, bijvoorbeeld wanneer deze het conflict 'op straat brengt', de media inschakelt, collega's of andere betrokkenen (zoals ouders in geval van een school) erbij betreft. Ook het afwijzen van vormen van conflictbemiddeling, zoals mediation, kan de ontslaggrond versterken. Gedrag van de werkgever dat deze kan worden aangerekend, zijn onder andere: het op lichtvaardige grond schorsen van de werknemer vooruitlopend op het ontslag, het zoeken van de publiciteit, het onder druk zetten van collega's van de werknemer om tegen de werknemer te getuigen.

In het Hyatt-arrest heeft het hotel bij het ontslag volgens het cassatiemiddel ten onrechte niet alle aangevoerde omstandigheden expliciet meegewogen bij het beoordelen van de vraag of er een dringende reden voor ontslag is. De Hoge Raad vindt het voldoende dat de door de werknemer aangevoerde omstandigheden bij elkaar genomen te licht worden bevonden. De persoonlijke omstandigheden komen in het aanbieden van het rehabilitatieprogramma tot uiting. De werkgever heeft afdoende rekening met de persoonlijke omstandigheden gehouden door naar een

884 Ktr. Den Bosch 6 juni 2007, *JAR* 2007/149 (Eindredacteur *Katholiek Nieuwsblad*).

885 CGB 19 september 2000, 2000-64 (Keukenmedewerker II). CGB 14 juni 2007, 2007-96 (Applicatiebeheerder).

886 CGB 1 december 2003, 2003-145 (Gereformeerd-vrijgemaakte fotograaf).

887 CGB 21 december 2004, 2004-168 (Nieuw-Vrijgemaakte leraar).

gericht alternatief voor beëindiging van de arbeidsverhouding te zoeken.⁸⁸⁸

In de zaak van Schüth acht het EHRM van bijzonder belang dat een werknemer die in Duitsland van een kerkelijk werkgever ontslag krijgt, mogelijk slechts beperkte kansen op het vinden van een andere baan heeft. Dit is te meer het geval wanneer de ontslagen werknemer bijzondere kwalificaties heeft die het moeilijk of zelfs onmogelijk maken een nieuwe baan buiten de kerk te vinden. Zo had Schüth een betrekking in deeltijd bij een protestantse gemeente gevonden. De regels van deze kerk met betrekking tot kerkmuzikanten bepalen echter dat niet-leden alleen in uitzonderlijke gevallen en dan nog uitsluitend in het kader van een deeltijdbetrekking kunnen worden ingezet. Het betrekken in de afweging van de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt zou kunnen betekenen dat werknemers met een functie die een sterke binding met de identiteit hebben, minder snel ontslag kunnen krijgen dan andere werknemers. Naarmate de identiteit de functie sterker kleurt, neemt de kans immers af dat de arbeidsmarkt in een soortgelijke functie voorziet. Met name wanneer de tendenswerkgever een dominante positie op de arbeidsmarkt heeft, kan deze situatie zich voordoen. Zoals uit de bespreking in Hoofdstuk 7 zal blijken, heeft de kerkelijke werkgever in Duitsland, waarop de EHRM-arresten Schüth en Obst zien, echter een andere, bredere positie dan het kerkgenootschap in Nederland. Het laten meewegen van alternatieven in de afweging wint derhalve aan gewicht al naar gelang de positie van de tendensinstelling zelf als aanbieder van bepaalde functies meer gewicht in de schaal legt. Wanneer het einde van de arbeidsovereenkomst onvermijdelijk is, zonder dat in de arbeidsorganisatie een reëel alternatief voorhanden is, zal een slechte positie op de arbeidsmarkt in de hoogte van de afvloeiingsregeling kunnen worden verwerkt.

Anders dan in de zaak van Schüth oordeelt het EHRM in de zaak Obst dat in de Duitse rechtspraak een zorgvuldige en gedegen belangenafweging heeft plaatsgevonden, waarbij alle wezenlijke aspecten van het geval zijn betrokken.⁸⁸⁹ Echtbreuk geldt voor de mormonen als de ergste van alle zonden. Obst, opgegroeid als mormoon met een lange staat van dienst in de kerk, had moeten beseffen hoezeer zijn werkgever hecht aan echtelijke trouw en wat de gevolgen zijn van een inbreuk op deze eis. De Mormoonse Kerk was niet verplicht een minder zwaardere sanctie op te leggen. Wanneer de tendensinstelling het sanctiebeleid goed op orde heeft en zorgvuldig toepast, is het derhalve ook in de jurisprudentie van het EHRM mogelijk de uiterste consequentie van beëindiging van de arbeidsverhouding bij het niet voldoen aan identiteitseisen door te voeren.

Ontslagvergoeding

Wanneer een werknemer bij een tendenswerkgever niet meer kan functioneren, kan dat tot het einde van de arbeidsverhouding leiden. Dit gegeven staat op zich-

888 HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250, *JIN* 2007/625 (m.n. Zondag) (Hyatt Aruba). De Hoge Raad beschouwt het niet expliciet meegewogen gevolg van het ontslag voor een alleenstaande moeder met twee kinderen als evidente factor. De vraag kan worden gesteld, of de evidentie niet eerder een pleidooi is voor het expliciet (bondig) benoemen van dit persoonlijke gevolg, dan het stilzwijgend in de afweging mee te nemen, omdat het in dit geval immers een evidente persoonlijke omstandigheid betreft.

889 EHRM 23 september 2010, 425/03 (Obst/Duitsland).

zelf separaat van de afweging hoe het arbeidsmarktperspectief van de betreffende werknemer is. Voor een werknemer met een sterke identiteitsbepaalde functie, zoals de organist, zal het moeilijker zijn ander passend werk te vinden dan voor een werknemer met een minder identiteitsbepaalde functie. Daarbij weegt mee in welke mate ook de andere functies in de arbeidsorganisatie op onlosmakelijke wijze in de identiteit zijn verankerd.⁸⁹⁰ Het kan best zo zijn dat een organist bij een kerkelijke gemeente niet inpasbaar is op een andere positie in de arbeidsorganisatie, maar ook geen bijster goede vooruitzichten heeft op ander werk. Dat maakt de inhoudelijke afweging voor de kerkelijke gemeente van de betekenis van zijn overspelige relatie voor (het voortbestaan van) de arbeidsverhouding niet anders. Of de organist nu al dan niet in een andere functie of in een andere werkring aan de slag kan, maakt voor de beoordeling van de (on)verenigbaarheid van een overspelige relatie met diens functie geen verschil. Nu is bij het bespreken van de disciplinaire maatregel het belang van maatwerk genoemd.⁸⁹¹ Zoals het voorbeeld van de organist uitwijst, kan het echter voorkomen dat het verlenen van maatwerk bij het zoeken naar een andere functie binnen de arbeidsorganisatie of bij het in beschouwing nemen van het arbeidsmarktperspectief lastig is, wanneer het nu een functie betreft waarvan de identiteitseisen het laten voortbestaan van de arbeidsverhouding ontoelaatbaar maken. Bij het beëindigen van de arbeidsverhouding kan dan alsnog naar maatwerk worden gestreefd door met een redelijke afvloeiingsregeling het leed te verzachten.⁸⁹²

Bij de afweging of een ontslagvergoeding van toepassing is en van de hoogte ervan, wegen de functie, de vraag of de werknemer op de hoogte was van de sanctie, alsmede alle andere relevante (persoonlijke) omstandigheden van het geval, wel mee. Het toekennen van een (schade)vergoeding en de hoogte van het bedrag hangt samen met de vraag welke aspecten de werkgever in de afweging heeft betrokken toen het moment naderde dat voortzetting van de arbeidsverhouding niet langer een reëel perspectief was. De maatstaf van het zogenoemde gevolgcriterium betekent dat voor de vervolgvraag of de voormalige werknemer in kwestie aanspraak op een vergoeding kan maken, alle omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang in beginsel moeten worden meegewogen.⁸⁹³ Naarmate de werkgever de wens de arbeidsverhouding te beëindigen, minder goed weet te onderbouwen, zal de werknemer eerder aanspraak op financiële compensatie kunnen maken.⁸⁹⁴

Bij een ontbinding vanwege een verandering in de omstandigheden kan de rechter, wanneer deze dat op grond van de omstandigheden billijk vindt, een vergoeding aan een van de partijen toekennen (art. 7:685 lid 8 en 9 BW). Formeel is de rechter bij het beoordelen van het ontbindingsverzoek en bij het vaststellen van een vergoeding niet aan tussen de partijen in het arbeidscontract of later overeengekomen afvloeiingsregelingen gebonden. Maar bij het bepalen van een vergoeding moet

⁸⁹⁰ Zondag 2011, p. 51.

⁸⁹¹ Een sanctiebeleid is bij voorkeur trapsgewijs opgebouwd (Jacobs), waarbij het door de werkgever gevoerde beleid mede van belang is bij het verlenen van ontslag op staande voet als uiterste sanctie (Zondag).

⁸⁹² Wel zal de compensatie lager uitvallen dan bij een reorganisatieontslag. *Reformatisch Dagblad* 20 januari 2004, 'Identiteitsgebonden instelling mag eisen stellen'.

⁸⁹³ HR 3 september 2010, LJN: BM7049 (Gevolgcriterium).

⁸⁹⁴ Verhulp 2008, p. 116.

hij daarmee wel rekening houden. Tegen het toekennen van een vergoeding en de beslissing over de hoogte daarvan staat in beginsel geen hoger beroep open. De berekening van de vergoeding vindt plaats op basis van de kantonrechttersformule.⁸⁹⁵

Een kennelijk onredelijke opzegging kan tot een vordering tot het betalen van een schadevergoeding leiden (art. 7:681 lid 1 BW).⁸⁹⁶ Beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever wordt onder andere kennelijk onredelijk geacht wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor deze bestaande mogelijkheden ander passend werk te vinden, de gevolgen van de beëindiging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging (art. 7:681 lid 2 onder b BW). De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat (art. 6:97 BW). De ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichtingen ook bij ontslag als goed werkgever te handelen en de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen zullen daarin meewegen. Daarbij zal de rechter zich nauwkeurig rekenschap geven van de concrete omstandigheden en factoren.⁸⁹⁷

4.6.5 Conclusie

De arbeidsovereenkomst kan op verschillende manieren ten einde komen. Na de bespreking van disciplinaire maatregelen en het belang voor de werkgever zo veel mogelijk duidelijkheid te scheppen in het grijze vlak van de gevolgen van het overtreden van voorschriften en afspraken, zijn de hoofdvormen van het duale ontslagstelsel besproken. Het verbod op onderscheid, het bestaan van opzegverboden en de toepasselijkheid van de uitzonderingen in het BBA zijn voor de tendensinstelling zaken die extra aandacht vergen. Om het einde van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen wanneer de werknemer niet meer in de arbeidsorganisatie kan blijven, moet de werkgever een zorgvuldige afweging maken.

In schematische rangschikking moet een sanctiebeleid op het overtreden van gedragseisen aan de volgende voorwaarden voldoen om een redelijke grond voor ontslag op te leveren:

1. Inhoud:
 - a. doordacht en helder geformuleerd;
 - b. kenbaar voor betrokkenen.

⁸⁹⁵ Het gewogen aantal diensten jaren vermenigvuldigd met de structurele beloningscomponenten per maand vermenigvuldigd met een correctiefactor; ofwel $a \times b \times c$. Het bedrag dat een werknemer krijgt, kan nogal eens verschillen. Om meer eenheid te krijgen, beveelt Kruit aan de berekeningswijze van de ontslagvergoeding in de wet te verankeren. Uitgebreid: P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

⁸⁹⁶ Een kennelijk onredelijke opzegging is geen vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar een kwalificatie van de beëindiging ervan.

⁸⁹⁷ Zie voor de vereisten: HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Rutten/Breed). Een voorbeeld uit de in dit hoofdstuk besproken rechtspraak: Ktr. Zwolle-Lelystad 2 februari 2005, *JAR* 2005/58 (Zeewolde II).

Toepassing: redelijkheid (proportionaliteit):

- a. aard van het conflict (betekenis gedragseisen voor de identiteit);
- b. aard van de functie;
- c. alle bijkomende omstandigheden van het geval (waaronder persoonlijke omstandigheden, zoals de gevolgen van het ontslag).

Toepassing: noodzakelijkheid (subsidiariteit):

- a. toepassen sanctie met behoud van functie;
- b. toekennen alternatieve functie binnen arbeidsorganisatie;
- c. beëindigen arbeidsverhouding (ontslagvergoeding).



Hoofdstuk 5

Collectief arbeidsrecht

5.1 Inleiding

Hoofdstuk 5 verlegt het perspectief van de individuele arbeidsovereenkomst naar de collectieve arbeidsovereenkomst (CAO), medezeggenschap en collectieve actie.⁸⁹⁸

Paragraaf 5.2 beziet de mogelijkheden de CAO als instrument van identiteitsbeleid in te zetten. Vervolgens komt medezeggenschap aan de orde.⁸⁹⁹ De keuze voor de te bespreken wetten is tot de onderscheiden typen tendensinstellingen te herleiden. Paragraaf 5.3 bespreekt de voornaamste medezeggenschapswet, de Wet op de ondernemingsraden (WOR).⁹⁰⁰ De WOR is van toepassing wanneer er sprake is van een onderneming in de zin van die wet. Ook voor andere vormen van medezeggenschap is de rechtsvorm bepalend. Kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen regelen hun interne organisatie door middel van het eigen statuut (art. 2:2 BW).⁹⁰¹ Zij zijn daarmee vrij een geheel eigen invulling te geven aan medezeggenschap, ook wanneer dat een keuze voor een non-optie betekent.⁹⁰² Voor de overige tendensinstellingen ligt een toespitsing op de instelling van bijzonder onderwijs en de zorginstelling, als onbenoemde tendensinstelling, in de rede. Paragraaf 5.4 bespreekt de Wet medezeggenschap op scholen (WMS), die medezeggenschap op scholen in het primair en voortgezet onderwijs regelt.⁹⁰³ Paragraaf 5.5 bespreekt de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (WMCZ).⁹⁰⁴ Paragraaf 5.6 gaat in op collectieve actie.

898 CAO-recht, medezeggenschap en collectieve actie kunnen als collectief arbeidsrecht worden aangemerkt. Loonstra 2006, p. 213. Jacobs 2007, p. 211.

899 Een gangbare onderverdeling in vormen van medezeggenschap is in de gradaties meeweten, meespreken en meebeslissen. Jacobs 2007, p. 211. Zie ook Rood 1979, p. 4, 5. Heerma van Voss 2007, p. 223. In regelingen op dit terrein is het onderscheid terug te vinden in het onderscheid tussen het recht op informatie, het recht op overleg en het geven van advies en het instemmingsrecht. Daarnaast zijn er vormen van zogenoemde co-determination, waarbij werknemers deel uitmaken van het bestuur. Het recht op medezeggenschap is in de Grondwet verankerd (art 19 lid 2 GW). Op Duitsland na kan geen land in West-Europa zich met Nederland meten, voor wat betreft de hoeveelheid en omvang van wettelijke inspraakrechten van werknemers. Loonstra 2006, p. 213.

900 Wet van 28 januari 1971, *Stb.* 54.

901 Het gaat om die gevallen waarin een kerkgenootschap geen onderneming in de zin van de WOR drijft.

902 De praktijk laat een differentiatie zien. Zeker de grotere kerkgenootschappen brengen de waarde van medezeggenschap tot erkenning in eigen regelingen.

903 Wet van 30 november 2006, *Stb.* 2006, 658. De WMS vervangt de Wet Medezeggenschap Onderwijs van 1992, de opvolger van de Wet Medezeggenschap Onderwijs van 1981.

904 Wet van 29 februari 1996, *Stb.* 1996, 204.

5.2 Collectieve arbeidsovereenkomst (CAO)

5.2.1 Inleiding

De wet stelt regels over de rechtspositie van degenen die arbeid verrichten en over hun bescherming daarbij (art. 19 lid 2 GW).⁹⁰⁵ De collectieve arbeidsovereenkomst, geregeld in de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO), is hiervoor een instrument.⁹⁰⁶ In deze paragraaf wordt nagegaan of de CAO ruimte biedt voor overwegingen van identiteit. Daaraan gaan enkele opmerkingen vooraf over algemeenverbindendverklaring (AVV) en de tendens tot meer maatwerk. Daarna komt identiteit in de CAO aan de orde.

5.2.2 AVV en maatwerk

Ruim 85 procent van de Nederlandse werknemers valt onder een CAO.⁹⁰⁷ Binnen deze groep valt bijna 90 procent van de werknemers onder een bedrijfstak-CAO.⁹⁰⁸ Partijen bij een bedrijfstak-CAO kunnen de directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving (UAW) verzoeken bepalingen van hun CAO algemeen verbindend voor de bedrijfstak te verklaren (art. 2 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (WAVV)).⁹⁰⁹ Door AVV gelden de CAO-bepalingen in beginsel voor alle werkgevers en werknemers in de betreffende bedrijfstak voor zover zij werkzaamheden binnen de werkingssfeer van de CAO verrichten.⁹¹⁰ Voor de tendensinstelling die onder een bedrijfstak-CAO valt, is van belang de bepaling dat het betuigen van instemming met de identiteit (respecteren, onderschrijven) in de individuele arbeidsovereenkomst kan en mag worden geregeld.

Tenzij partijen anders zijn overeengekomen, is de CAO een minimumrege-

⁹⁰⁵ Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 335.

⁹⁰⁶ Wet van 24 december 1927, *Stb.* 415. Omdat de CAO aan geen van de contractspartijen de verplichting tot het verrichten van arbeid oplegt, is de benaming 'collectieve arbeidsovereenkomst' terminologisch niet geheel juist. Er valt nog het meest te zeggen voor de term collectieve arbeidsvoorwaardenovereenkomst, waarbij de afkorting weer hetzelfde kan blijven. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 336. Zie ook: Loonstra & Zondag 2010, p. 646.

⁹⁰⁷ Loonstra & Zondag 2010, p. 646. De meeste van hen zijn géén lid van een vakorganisatie. Bovendien is de organisatiegraad sinds de jaren tachtig van de twintigste eeuw gedaald tot circa 24 procent in de eerste jaren van de eenentwintigste eeuw. Tegen deze achtergrond mag het opmerkelijk heten dat CAO en AVV een nog zo overheersende positie innemen. *Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid* 2 oktober 2002, 'Minister De Geus wil spoedig advies sociale partners over ziekte en arbeidsongeschiktheid in CAO's' (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, SZW persbericht nr. 02/129).

⁹⁰⁸ Een subsector-CAO is gericht op een segment of sector uit de bedrijfstak. Loonstra 2006, p. 168, 169.

⁹⁰⁹ Wet van 25 mei 1937, *Stb.* 801. AVV bevorderde dat het primaat van totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden in bepaalde sectoren zo veel mogelijk bij de bedrijfsgenoten aan de zijde van werkgevers en werknemers in de branche zelf kwam te liggen. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 363. Zie voor de stand van zaken: <<http://www.cao.szw.nl/>>. Meer over de (historie van de) CAO en de AVV: <<http://www.vakbondshistorie.nl/>>. Zie ook Jacobs 2005a.

⁹¹⁰ Met name normatieve bepalingen komen voor AVV in aanmerking. Obligatoire bepalingen hebben alleen betrekking op de CAO-partijen.

ling.⁹¹¹ Een tendens naar maatwerk is echter waarneembaar.⁹¹² Daarbij past een verschuiving naar een ondernemings-CAO.⁹¹³ Een denkbaar scenario is een toenemende concurrentie tussen bonden, waarbij deze zich meer op ondernemingsniveau zullen gaan richten. Hoewel de bedrijfstak-CAO belangrijk blijft voor primaire lonen, zullen er meer ondernemings-CAO's en andere regelingen komen, waaronder eenzijdige vaststellingen van arbeidsvoorwaarden door werkgevers.⁹¹⁴

Dat laat het nog altijd bestaan en toepassen van AVV onverlet.⁹¹⁵ Dispensatie van AVV is gerechtvaardigd als de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de voor AVV voorgelegde CAO kunnen worden gerekend.⁹¹⁶ Op deze basis, in het bijzonder wanneer de CAO aan aspecten van identiteit weinig ruimte biedt, kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de tendensinstelling van AVV uitzonderen.⁹¹⁷

5.2.3 Identiteit in de CAO

Concentratie op rustdagen en feestdagen

De CAO maakt afspraken op het vlak van identiteit mogelijk. Uit nadere beschouwing blijken de afspraken zich op bepalingen over christelijke rustdagen en feestdagen te concentreren.

Zo houdt de CAO van Visafslag Urk in bepalingen over arbeidsduur en werktijden, bijzondere beloningen en verlof rekening met de reformatorische identiteit.⁹¹⁸ In de CAO van Brinkers Gebak Groep en in de CAO voor binnenschippers zijn soortgelijke bepalingen te vinden.⁹¹⁹ Bij dit trio CAO's is de positie van reformatorische werkgevers en/of werknemers nadrukkelijk in beschouwing geno-

911 In de gesubsidieerde en gepremieerde sector komen doorgaans standaard-CAO's voor. Dit heeft te maken met het financieringsstelsel van de toepasselijke collectieve arbeidsvoorwaarden. Loonstra 2006, p. 169. Veel CAO's openen de mogelijkheid dat CAO-partijen dispensatie verlenen van de plicht tot naleving van de hele CAO of van enkele bepalingen ervan. Om de dispensatieregelingen duidelijker, objectiever en sneller te maken, heeft de Stichting van de Arbeid in 1996 een aanbeveling opgesteld ten behoeve van de CAO-partijen in de bedrijfstakken. Stichting van de Arbeid, *Dispensatiebepalingen in CAO's*, 26 november 1996, publicatienummer 6/96. Volgens Jacobs is het de vraag of de Aanbeveling in de praktijk is uitgevoerd. Jacobs 2005, p. 192.

912 Zie voor de trend: Nagelkerke 2008, p. 222.

913 Loonstra & Zondag 2010, p. 648.

914 Nagelkerke 2008, p. 229.

915 Loonstra & Zondag 2010, p. 646.

916 *Wijziging dispensatie AVV* 2006. Uitgebreid over het gewijzigde dispensatiebeleid: M.F.P. Rojer & C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', *ARBAC* 2010 (Academie voor Arbeidsrecht), p. 1-22.

917 Een verdere verruiming is denkbaar. De Stichting van de Arbeid gaat advies uitbrengen over de mogelijkheid van meer maatwerk en flexibiliteit. Brief van 18 april 2012 aan de Tweede Kamer van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over het draagvlak van CAO-afspraken (AV/SDA/2012/5438).

918 Collectieve Arbeidsovereenkomst voor Visafslag Urk B.V. CAO 2007#273258. Partij zijn Visafslag Urk B.V., gevestigd te Urk, met CNV Publieke Zaak, gevestigd te 's-Gravenhage. Looptijd 1 januari 2007 tot en met 30 september 2007.

919 CAO 'Brinkers Melissant BV en Culi D'Or BV'. CAO #307788. Partij zijn Brinkers Melissant B.V., gevestigd te Melissant, en Culi D'Or B.V., gevestigd te Melissant, met de CNV BedrijvenBond gevestigd te Houten, de FNV Bondgenoten, gevestigd te Amsterdam, en de Reformatorisch Maatschappelijke Unie Werknemers, gevestigd te Veenendaal. Looptijd 1 april 2007 tot en met 1 april 2009. CAO voor Internaten voor Kinderen van Binnenschippers en/of Kermisexploitanten. Partij zijn de Nederlandse Vereniging van Internaatbesturen Schippersjeugd, gevestigd te Barendrecht, met ABVAKABO FNV, gevestigd te Zoetermeer, CNV Publieke Zaak, gevestigd te Den Haag, en RMU, gevestigd te Veenendaal. In deze CAO is aandacht voor identiteit. Looptijd 1 januari 2008 tot en met 30 april 2008.

men. Behalve op ondernemingsniveau en subsectorniveau is het ook op het brede niveau van de bedrijfstak mogelijk rekening te houden met identiteit. De CAO voor grootwinkelbedrijven in levensmiddelen, van toepassing op meer dan 100.000 werknemers bij een aantal grote landelijk en regionaal opererende supermarktbedrijven, bevat bijvoorbeeld bepalingen over het verrichten van arbeid op zon- en feestdagen.⁹²⁰

De meerwaarde van een afspraak over het niet hoeven werken op zondag, een onderwerp dat art. 5:4 Atw regelt, moet vooral worden gezocht in de interne binding van partijen. Een bepaling in een CAO laat zien dat de onderhandelende partijen waarde hechten aan een thema en zich erop willen vastleggen. Hoewel juridisch niet hard te maken, zijn gedragsregels belangrijk vanwege de wederzijds door partijen vastgelegde intenties. In 2006 uitten diverse supermarktketens het voornemen op zondag 24 december zo veel mogelijk vestigingen open te stellen. De RMU maakte bezwaar en wees erop dat medewerkers op grond van zowel de Atw als de CAO niet tot zondagsarbeid kunnen worden verplicht.⁹²¹ Daarnaast is er een psychologisch effect. Van de CAO gaat een signaal uit.

Van recente aard is de thematiek rond bidden op het werk. Er komen steeds meer ruimten om hieraan gestalte te geven.⁹²² De kans is reëel dat dit verschijnsel ook een weg naar de CAO zal vinden.⁹²³ Een andere optie is het opnemen in de CAO van alternatieve geschilbeslechting als aangewezen eerste te bewandelen procedure, met inachtneming van de uitspraak, voor zowel de werkgever als voor de werknemer.⁹²⁴

De CAO kan identiteit verder laten doorwerken door afspraken over de positie van werkgever en werknemers te verplichten. Zo schrijft de CAO voor dagbladjournalisten een dagbladonderneming met ten minste vijftien werknemers voor per dagbladuitgave een statuut vast te stellen dat de positie van de hoofdredactie en die van de redactie regelt. Het statuut maakt deel uit van het arbeidscontract van alle journalisten in vaste dienst.⁹²⁵

De CAO kan identiteit tot in de privésfeer laten doorklinken. Zo spreekt uit de CAO van Visafslag Urk waardering voor het aangaan en viëren van duurzame relaties in de persoonlijke sfeer.

920 Collectieve arbeidsovereenkomst voor personeel van grootwinkelbedrijven in levensmiddelen. Partij zijn de Vereniging van Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen (VGL), gevestigd te Den Haag, met FNV Bondgenoten, gevestigd te Amsterdam en CNV Dienstenbond, gevestigd te Hoofddorp. Looptijd 1 april 2007 tot en met 1 april 2008.

921 RMU persbericht 13 december 2006, 'Werknemers supermarkt niet verplicht te werken op zondag'.

922 *De Gooi en Eembode* 29 januari 2008, 'CNV-bestuurder Lizelotte Smits wil "bidruimten" in bedrijven'. <<http://www.echo.nl/ge-hi/buurt/lees/251799/cnv.bestuurder.lizelotte.smits.wil.bidruimten.in.bedrijven/>>.

923 *Nederlands Dagblad* 24 februari 2009, 'Bidden op het werk in CAO'. Zie ook: *nrcnext.nl* 21 januari 2009, 'CNV: Werknemers mogen mediteren'.

<http://www.hartenzijl.nl/artikel/cnv_werknemers_mogen_mediteren>.

924 HR 22 november 1985, NJ 1986/275 (Bindend advies). HR 17 januari 2003, NJ 2004/280, JAR 2003/40 (m.n. Thierry) (ABN AMRO/Teisman).

925 CAO voor Dagbladjournalisten 2005-2006. Partij zijn de Nederlandse Dagbladpers (NDP), gevestigd te Amsterdam, met Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ), gevestigd te Amsterdam. Looptijd 1 januari 2005 tot en met 31 december 2006.

CAO reformatorisch primair onderwijs

Een CAO waarin identiteit zeer nadrukkelijk een plaats heeft gekregen, is de CAO voor reformatorische basisscholen die onder de Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs ressorteren.⁹²⁶ Om deze reden krijgt deze CAO apart bespreking.

Aan het begin van de CAO verbindt het Statuut Sociaal Beleid het sociaal beleid, als geïntegreerd onderdeel van het totale beleid, expliciet aan de grondslag van de instelling.⁹²⁷ De voornaamste identiteitsbepaling staat onder het kopje 'Overige rechten en plichten' (art. 11.2 Functievervulling). De tekst stelt over identiteit:

1. De werknemer betuigt instemming met de grondslag en het doel van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat, zoals deze zijn neergelegd in de statuten of daarmee in dit verband gelijk te stellen akten of schrifturen waarvan hem een exemplaar ter hand is gesteld en verklaart zijn functie in overeenstemming daarmee te vervullen. Dienovereenkomstig verplicht hij zich niets voor te staan of te leren in strijd met het onfeilbaar Woord van God en de daarop gegronde onverkorte en onveranderde Drie Formulieren van Enigheid, vastgesteld in de Nationale Synode, gehouden te Dordrecht in de jaren 1618 en 1619 en verwerpt hij alle daarmee in strijd zijnde beschouwingen. Hij stelt zich derhalve op het standpunt dat de mens dood is door de misdaden en de zonden, tenzij hij door de Geest Gods wedergeboren wordt.
 2. De werknemer verplicht zich zijn leven in te richten overeenkomstig de in lid 1 genoemde grondslag van de rechtspersoon, waarvan de instelling uitgaat, en in zijn levenswandel een goed voorbeeld voor de leerlingen te zijn.
 3. De werkgever en de werknemer houden, mede gelet op de grondslag van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat, ten overstaan van de leerlingen of hun ouders elkaars gezag en dat van de overige werknemers hoog.
- (...)

De CAO Reformatorisch PO stelt de werknemers als streng aan te merken eisen. Instemming met de (als strikt reformatorisch aan te merken) grondslag en het doel van de onderwijsinstelling wordt gevraagd, wat verder strekt dan het betuigen van respect.

De besproken identiteitseis maakt de uitwerking in afzonderlijke bepalingen min of meer overbodig. Zo zijn bij de bepalingen over het dienstverband, vanaf het aangaan tot het einde, geen specifiek op de identiteit gerichte zaken te vinden (art. 3). Ook bij maatregelen van orde, zoals schorsing, wordt identiteit niet benoemd. Wanneer nevenwerkzaamheden naar het oordeel van de werkgever redelijkerwijs in strijd met de belangen van de instelling zijn, zijn ze niet toegestaan (art. 11.3 lid 3, 4 Nevenwerkzaamheden).

De verlofregeling houdt uitgebreid rekening met uiteenlopende gezins- en familieomstandigheden (zie art. 8.7 Kort buitengewoon verlof, art. 8.8 Overig kort bui-

⁹²⁶ CAO voor het reformatorisch primair onderwijs (CAO Reformatorisch PO). Partij zijn de Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs (VGS), de Gereformeerde Onderwijzers- en Lerarenvereniging (GOLV) en de RMU. Looptijd 1 januari 2009 tot en met 1 december 2009.

⁹²⁷ CAO Reformatorisch PO, p. 8.

tengewoon verlof, art. 8.9 Langdurend zorgverlof en art. 8.19 Ouderschapsverlof).

Voor wat betreft de christelijke feestdagen verwijst de CAO Reformatorisch PO voor de Goede Vrijdag naar de Algemene Termijnenwet, die deze met de algemeen erkende en christelijke feestdagen gelijkstelt. Dit betekent dat de werkgever zelf een keuze kan maken of dit al of niet een werkdag is.⁹²⁸

Tot slot worden drie zaken genoemd waarin de identiteit tot uiting komt. Het eerste betreft de NVP-sollicitatiecode, een aspect waarop in Hoofdstuk 4 is ingegaan (art. 11.8 Werving en selectie). Het tweede is de alternatieve geschilbeslechting, waarover Hoofdstuk 6 gaat (art. 12 Beroepsrecht bijzonder onderwijs). Het derde aspect is medezeggenschap, een thema dat in Hoofdstuk 5 wordt uitgediept (art. 13).

5.2.4 Conclusie

Het stimuleren van zelfregulering in de CAO, gevoegd bij de mogelijkheid af te wijken van wettelijke bepalingen, biedt een handvat om maatwerk te leveren op het gebied van identiteit. Mogelijkheden zijn onder andere bepalingen over het werken op religieuze rust-, feest- en gedenkdagen, over collectieve actie of over alternatieve geschilbeslechting. Hoewel in enkele CAO's daadwerkelijk bepalingen voorkomen met betrekking tot identiteit, lijkt de focus zich te beperken tot praktische zaken die betrekking hebben op de twee basale arbeidsvoorwaarden tijd en geld.

Een CAO op ondernemingsniveau biedt de meeste mogelijkheden om vanuit de positie van de werkgever elementen van identiteit in te brengen. Speelt identiteit een rol bij een CAO op bedrijfstakniveau, dan is het vooral om werknemers met dezelfde identiteit, die onder de CAO vallen, te beschermen. De tendensinstelling is gebaat bij het zo nodig gericht inzetten van dispensatiebepalingen in bedrijfstak-CAO's op onderdelen waarop de identiteit in het gedrang dreigt te komen. De bedrijfstak-CAO zou verder de tendensinstelling ruimte moeten laten de binding aan de identiteit in de individuele arbeidsovereenkomst te mogen en kunnen vastleggen.

In de Nederlandse CAO-praktijk lijkt de CAO niet het meest aangewezen middel om identiteit door middel van het collectief te bevorderen en te borgen. Hoe het anders kan, wijst de CAO voor het reformatorisch basisonderwijs uit. De betekenis van de grondslag en het doel van de instelling en de doorwerking daarvan in de arbeidsorganisatie staan helder geformuleerd in de CAO. Het grote voordeel van een dergelijke identiteitseis is dat de uitoefening van alle functies het functioneren van de arbeidsorganisatie als samenhangend geheel dient. De tendensinstelling zal dan wel moeten kunnen waarmaken dat de identiteit voor iedere functie afzonderlijk daadwerkelijk betekenis heeft.

928 CAO Reformatorisch PO, p. 11.

5.3 Wet op de ondernemingsraden (WOR)

5.3.1 Inleiding

Het vraagstuk over de toedeling van medezeggenschapsrechten aan werknemers speelt in Nederland sinds het begin van de industriële revolutie in ons land, vanaf ongeveer rond 1870.⁹²⁹ Met de OR binnen de onderneming en de vakbeweging daarbuiten is in de loop van de jaren een dual systeem van medezeggenschap gegroeid waarin voortdurend de juiste balans moet worden gezocht.⁹³⁰

De WOR regelt instelling, taken en bevoegdheden van de ondernemingsraad (OR). De WOR dateert in zijn huidige vorm uit 1971.⁹³¹ Nadien krijgt de WOR nog vele wijzigingen te verwerken. In 1979 krijgt de OR aanzienlijk meer bevoegdheden. Voortaan neemt de bestuurder geen deel meer aan de besprekingen.⁹³² De OR en de ondernemer overleggen met elkaar in een zogenoemde overlegvergadering (art. 23 lid 1 en lid 4 WOR). Sinds 1998 moeten ondernemingen waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, een OR instellen (art. 2 lid 1 WOR).⁹³³ Aan het begin van de eenentwintigste eeuw is de OR van meedenker tot strategische meebeslisser uitgegroeid.⁹³⁴

Na bespreking van de instelling van de OR en de mogelijkheid tot ontheffing volgt een behandeling van de taken en bevoegdheden, waarbij het thema identiteit wordt uitgediept. Aansluitend is er aandacht voor de discussie over de beoogde opvolger van de WOR, de Wet medezeggenschap werknemers (WMW), die al in een pril stadium van de lijst is afgevoerd.

5.3.2 Ondernemingsraad

Instelling

Een onderneming in de zin van de WOR betreft ieder in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsover-

929 Loonstra 2006, p. 214. Zie over de eerste personeelsvertegenwoordiging op ondernemingsniveau: Verburg 2007, p. 27-33. Zie ook: Jacobs 2007, p. 212.

930 De samenloop van medezeggenschapsrechten zorgt voor tegenstellingen, spanningen en wedijver. Jacobs 2007, p. 212.

931 Wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54, houdende nieuwe regelen omtrent de medezeggenschap van de werknemers in de onderneming door middel van ondernemingsraden. De WOR vervangt de eerste WOR uit 1950. Wet van 4 mei 1950, *Stb.* 1950, K174. Het belang van deze wet is dat het behartigen van het werknemersbelang expliciet een taak van de OR wordt. Loonstra 2006, p. 214; Verburg 2007, p. 36; *Kamerstukken II*, 1969/70, nr. 3, p. 10. Zie ook: Jacobs 2005, p. 299. Zie voor een typerend voorbeeld van het harmoniemodel: De Gaay Fortman 1936, p. 122.

932 Wet van 5 september 1979, *Stb.* 1979, 448. Art. 1 lid 1 onder e WOR omschrijft de bestuurder als 'hij die alleen dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid'.

933 Vanaf 1982 tot 1998 moesten ondernemingen met 35 tot 100 personen een zogenaamde lichte OR hebben. Vanaf 1998 vallen ondernemingen vanaf 50 personen onder het algemene regiem.

934 Loonstra & Zondag 2010, p. 698, 699.

eenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht (art. 1 lid 1 onder c WOR).⁹³⁵ Een organisatorisch verband is aanwezig bij het bestaan van een op zichzelf staand geheel van hiërarchische op elkaar afgestemde functies dat zich naar derden zelfstandig profileert. Buitenstaanders moeten het verband herkenbaar als dusdanig zien.⁹³⁶ De bestuurder van de onderneming (degene die rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid) voert voor de ondernemer (de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt) het overleg met de OR (art. 1 lid 1 onder d en e en art. 23 WOR).

Iedere onderneming waarin in de regel ten minste vijftig personen werken, moet een OR in stand houden (art. 2 WOR).⁹³⁷ Een onderneming waarin in de regel tussen de tien en vijftig personen werken, kan een personeelsvertegenwoordiging instellen. Dit is verplicht wanneer de meerderheid van de in de onderneming werkzame personen daarom vraagt. Bij minder dan vijftig werknemers mag een onderneming op vrijwillige basis een OR instellen (art. 35c lid 1 WOR). Een onderneming waarin tussen de tien en vijftig personen werken en waarin geen OR of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, is verplicht ten minste tweemaal per kalenderjaar een personeelsvergadering te houden (art. 35b WOR). De OR heeft meer rechten dan de personeelsvertegenwoordiging, die op zijn beurt weer meer rechten heeft dan de personeelsvergadering.⁹³⁸

Een kerkgenootschap hoeft geen OR in te stellen. Medezeggenschap wordt daarmee niet categorisch uitgesloten. In de rooms-katholieke kerkprovincie van Nederland heeft het bisdom Breda als eerste het initiatief genomen tot het instellen van een OR.⁹³⁹ De eigen arbeidsvoorwaardenregeling van de Protestantse Kerk in Nederland (PKN) acht de WOR zonder nadere motivering van toepassing op de in art. 1 Begripsomschrijvingen omschreven werkgevers die daarvoor in aanmerking komen.⁹⁴⁰

935 De begripsomschrijving van de WOR ligt in de lijn van de door De Gaay Fortman geïntroduceerde tweedeling in ondernemingsbegrippen, het ene vanuit een economisch-organisatorisch perspectief bezien en het andere vanuit een technisch-organisatorische invalshoek benaderd. In de tweede invalshoek is de onderneming de organisatie waarin arbeid wordt verricht. In dit proefschrift wordt over de arbeidsorganisatie van de tendensinstelling gesproken. De Gaay Fortman 1936, p. 7.

936 De begripsomschrijving van de WOR ligt in de lijn van de door De Gaay Fortman geïntroduceerde tweedeling in ondernemingsbegrippen, het ene vanuit een economisch-organisatorisch perspectief bezien en het andere, zoals hier bedoeld, vanuit een technisch-organisatorische invalshoek benaderd. De Gaay Fortman 1936, p. 48.

937 Op grond van de Wet op de Euro-OR moet een onderneming (concern) met ten minste 1000 werknemers in de lidstaten van de EU, die bestaat uit ten minste twee ondernemingen in verschillende EU-lidstaten met elkaar ten minste 150 werknemers, een Euro-OR instellen. Voor de tendensinstelling heeft deze vorm, gelet op de gemiddelde omvang ervan, geen praktische betekenis. De Euro-OR is een nog verder uit te ontwikkelen instrument van medezeggenschap. Richtlijn 2009/38/EG van 6 mei 2009. Keltjens & Kusiak 2008, p. 24, 25.

938 Rood 2000, p. 8.

939 Jacobs 2005, p. 302. *Bestuursbrochure Bisdom Breda* 2009, p. 9.

940 *Arbeidsvoorwaardenregeling Protestantse Kerk in Nederland* 2007. De arbeidsorganisatie van de meer orthodox-protestantse kerkgenootschappen is te klein van omvang dat geformaliseerde medezeggenschap een rol speelt in de rechtspositieregelingen. Zo is de rechtspositieregeling van de Christelijke Gereformeerde Kerken, zoals vastgelegd in bijlage 43 van de kerkorde, toegesneden op de positie van de individuele 'niet-ambtelijke' medewerker van de deputaatschappen (kerkelijke commissie). *Kerkorde Christelijke Gereformeerde Kerken* 2007.

Ontheffing

Op grond van de WOR zijn situaties denkbaar waarin bijzondere omstandigheden een goede toepassing van de wet binnen de onderneming in de weg staan. In dat geval kan de SER desgevraagd ontheffing verlenen van de verplichtingen een OR in te stellen (art. 5 WOR). De SER dient het oordeel van de vakbond(en) in de oordeelsvorming te betrekken. Ook kan de SER aan de ontheffing voorschriften verbinden, bijvoorbeeld aan het overleg in de onderneming dat de OR vervangt (art. 5 lid 2 en 3 WOR). Bij een verzoek om ontheffing zal de verzoeker moeten aantonen op welke wijze de (mede)zeggenschap van de in de onderneming werkzame personen op andere wijze gestalte krijgt. Een ontheffingsverzoek moet worden vergezeld van een deugdelijke motivering van de bijzondere omstandigheden, de uitslag van een enquête onder het personeel waarin hen wordt gevraagd of de huidige beslissingsstructuur in de onderneming een bevredigend alternatief is en of zij het ontheffingsverzoek steunen en de statuten van een onderneming, waaruit blijkt dat de (mede)zeggenschap materieel niet onderdoet voor hetgeen de WOR terzake regelt.⁹⁴¹

In de praktijk impliceert het beschreven beleid dat in hoge mate terughoudendheid wordt betracht bij het verlenen van ontheffing. Tot op heden heeft slechts een klein aantal ondernemingen ontheffing verkregen.⁹⁴² De grond voor ontheffing kan zijn gelegen in mogelijkheden van zelfbestuur van werknemers, of het naar verwachting binnen afzienbare tijd onder de instellingsgrens komen van het aantal werknemers.⁹⁴³ Een terdege doordachte aanvraag maakt kans van slagen. De Bestuurskamer SER besluit op de aanvraag van Architectengroep Loerakker dat er sprake is van een vorm van werknemerszelfbestuur die de werknemers in hoge mate zeggenschap geeft en die niet goed is te combineren met de in de WOR geregelde medezeggenschap. De statuten en het huishoudelijk reglement waarborgen dat de invloed van medewerkers op de besluitvorming door de directie in voldoende mate (mede)beslissend van aard is en dat de werknemers aanspraak kunnen maken op hetgeen de WOR aan werknemers toekent op het gebied van bescherming tegen benadeling en ontslag, initiatiefrecht, instemmingsrecht en adviesrecht en het recht op informatie. Gelet op de wettelijke norm is ontheffing daarom gerechtvaardigd, zolang de statuten deze waarborgen blijven bevatten.⁹⁴⁴ De medezeggenschapsrechten van werknemers moeten even sterk zijn als die van de OR, om te voorkomen dat anders te gemakkelijk een constructie als werknemerszelfbestuur kan worden gepresenteerd, die in wezen toch erg veel zeggenschap aan een directie overlaat.⁹⁴⁵

Een Amerikaanse school in Den Haag die zich op het typisch Amerikaanse karakter beroept, krijgt echter geen ontheffing.⁹⁴⁶ Ook het argument dat een onder-

941 Voor de ontheffing van belang is het kader van Richtlijn 2002/14/EG (Informatie- en raadplegingrichtlijn). De uitzonderingsbepaling van art. 3 lid 2 Informatie- en raadplegingrichtlijn voor de tendensinstelling heeft voor Nederland echter geen praktische betekenis. Richtlijn van 11 maart 2002, PbEG 2002, L 80, p. 29-34.

942 <<http://www.ser.nl/nl/taken/bestuurlijke/orenmedezeggenschap/ontheffingorplicht.aspx>>.

943 Bestuurskamer SER 21 december 1990, ROR 1991/3. Bestuurskamer SER 21 december 1990, ROR 1991/4.

944 Bestuurskamer SER 6 mei 1998, JAR 1998/141 (Werknemerszelfbestuur).

945 Heerma van Voss 1998, p. 49.

946 Bestuurskamer SER 21 september 1990, ROR 1991/1, bevestigd door CBB 21 januari 1992, ROR 1992, 2.

neming bij een kerkgenootschap hoort, is geen ontheffingsgrond. De Theologische Universiteit van de Christelijke Gereformeerde Kerken te Apeldoorn is een zelfstandig rechtspersoon op grond van art. 2:2 BW.⁹⁴⁷ De wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) laat dit zelfstandige onderdeel van een kerkgenootschap echter geen andere keus dan de bepalingen op het vlak van medezeggenschap door te voeren.⁹⁴⁸ Geen grond voor ontheffing is tevens het ontbreken van belangstelling bij de werknemers voor een OR.⁹⁴⁹

5.3.3 WOR en identiteit

Taken en bevoegdheden

De OR kan het voorgenomen beleid beïnvloeden of het gevoerde beleid controleren.⁹⁵⁰ De WOR kent de OR drie belangrijke bevoegdheden toe. Het betreft een informatierecht voor alle relevante aangelegenheden, een adviesrecht voor voornamelijk economische aangelegenheden en een medebeslissingsrecht, het zogenoemde instemmingsrecht, voor hoofdzakelijk sociale aangelegenheden (art. 31, 25 en 27 WOR).⁹⁵¹ Bij het adviesrecht gaat het om zaken als de overdracht van de zeggenschap, een fusie, het verplaatsen van het bedrijf, een belangrijke uitbreiding of inkrimping van de activiteiten, het groepsgewijs werven of inlenen van arbeidskrachten, het doen van belangrijke investeringen of een wezenlijke wijziging in de organisatie (art. 25 lid 1 en 30 WOR). In primair sociale aangelegenheden, zoals regelingen over werktijden en beloningsstelsels, heeft de OR een instemmingsrecht (art. 27 lid 1 en 29 WOR). De OR heeft geen instemmingsrecht wanneer een CAO of een publiekrechtelijke regeling het onderwerp al regelt (art. 27 lid 3 WOR).⁹⁵² Laat de CAO ruimte voor een nadere uitwerking in de onderneming, dan is voor die nadere uitwerking de instemming van de OR vereist.⁹⁵³

Als de OR instemming weigert, kan de ondernemer de kantonrechter toestem-

947 Besluit van de generale synode van 28 mei 2008. <<http://www.tua.nl/index.php?paginaID=68>>. Dit is vastgelegd in artikel 84 van de Kerkorde van de Christelijke Kerken. *Kerkorde Christelijke Gereformeerde Kerken* 2007.

948 Wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) en enige andere wetten (versterking besturing) (31 821). Wet van 4 februari 2010, *Stb.* 2010, 119.

949 SER 21 september 1990, ROR 1991, 2.

950 Rood 2000, p. 221.

951 Het belang van een controleerbare, serieuze personeelsconsultatie komt naar voren in een rechtszaak naar aanleiding van de weigering van een aantal medewerkers van een rederij de gewijzigde Drugs & Alcohol Policy te ondertekenen. De kantonrechter Den Helder (voorzieningenrechter) vonnist dat het op de weg van de rederij had gelegen een dergelijk beleid aan het personeel voor te leggen, met de mogelijkheid daarop te reageren en bezwaar te maken, alvorens een beleid door te voeren. Ktr. Den Helder (voorzieningenrechter) 29 oktober 2009, *JAR* 2010/43 (Drugs & alcohol policy).

952 Het primaat voor de primaire arbeidsvoorwaarden ligt bij de vakbonden. In de rechtspraak is een tendens waarneembaar dat menige OR zich, zeer tegen de zin van de vakbonden, wel degelijk mag bezighouden met primaire arbeidsvoorwaarden. Jacobs 2007.

953 Het instemmingsrecht van de OR heeft een subsidiair karakter. Het vervalt, voor zover de betrokken zaak is geregeld in de CAO of in een regeling vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan. Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010, p. 454.

ming vragen het besluit alsnog te nemen (art. 27 lid 4 WOR).⁹⁵⁴ Wanneer de ondernemer een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met het advies van de OR, hetzij wanneer achteraf feiten of omstandigheden bekend zijn geworden die voor de OR aanleiding zou kunnen zijn geweest een ander advies uit te brengen, is beroep bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam mogelijk (art. 26 WOR). In de materiële toetsing onderzoekt de ondernemingskamer of de ondernemer bij afweging van de belangen van het personeel tegen de andere betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen (art. 26 lid 4 WOR). De ondernemingskamer vermijdt daarbij op de stoel van de ondernemer plaats te nemen.⁹⁵⁵

Bewaken identiteit

Voor een tendensinstelling hangt het waarborgen van de identiteit samen met de manier waarop de OR aan de belangrijkste bevoegdheden invulling geeft. Zo kan het aangaan van duurzame samenwerking met een andere onderneming betekenis hebben voor de grondslag (art. 25 lid 1 onder b WOR). Een wijziging in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming kan weerslag hebben op de invloed van personen die een functie bekleden waarvoor zware identiteitseisen gelden (art. 25 lid 1 onder e WOR). Het kan ook zijn dat een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden of de personeelsbeoordeling verband houdt met identiteitsaspecten (art. 27 lid 1 onder d en g WOR). De OR waakt in het algemeen tegen discriminatie in de onderneming en bevordert in het bijzonder de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, en voorts de inschakeling van gehandicapten en minderheden in de onderneming (art. 28 lid 3 WOR). De ondernemer moet de OR in de gelegenheid stellen advies uit te brengen over elk voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming (art. 30 WOR). Niet uitgesloten is dat hierbij de identiteit kan meewegen.

Door middel van een CAO of een schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de OR kunnen aan de OR meer bevoegdheden dan de in de WOR genoemde worden toegekend en kunnen aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde worden gegeven (art. 32 WOR). Op deze manier kan de ondernemer op de specifieke omstandigheden, kenmerken en behoeften van de onderneming inspelen.⁹⁵⁶ Aan de hand van deze wettelijke kapstok maakt de OR afspraken met de ondernemer met benamingen als protocol, convenant, beleidskader of agenda. De juridische status van dergelijke afspraken is niet altijd duidelijk omkaderd. De gebondenheid is afhankelijk van de mate van de hardheid van de betreffende afspraken of toezeggingen en van al dan niet opgetreden verandering van

954 Iedere onderneming is voor geschillen rondom de toepassing van de WOR ingedeeld bij een door de SER ingestelde geschillencommissie. Deze bestaat uit een gelijk aantal vertegenwoordigers van organisaties van werkgevers en werknemers in die bedrijfstak. Voor de gang naar de kantonrechter moet eerst een bedrijfscommissie door bemiddeling het geschil proberen op te lossen. Jacobs 2007, p. 223.

955 Jacobs 2007, p. 218. Vooral procedurefouten van de kant van de ondernemer doen de kans op een gegrond beroep toenemen. Verburg 2003, p. 22-26.

956 Materiële arbeidsvoorwaarden zullen door incorporatie in de arbeidsovereenkomst moeten worden gerealiseerd, willen deze in de individuele rechtspositie doorwerken. Loonstra & Zondag 2010, p. 721.

omstandigheden.⁹⁵⁷ Hiermee kan de tendensinstelling de OR een rol toekennen als bewaker van de identiteit. Zo kan een beleidskader worden gesteld waarbij de OR tot taak heeft het beleid van de ondernemer nadrukkelijk aan de grondslag van de instelling te toetsen. Het grote voordeel hiervan is dat de identiteit stevig in de medezeggenschap wordt verankerd. Als voorbeeld kan worden genoemd het aangaan van duurzame samenwerking met een andere onderneming (art. 25 lid 1 onder b WOR). De ondernemer kan met de OR de afspraak maken dat in de advisering terzake expliciet naar de gevolgen voor de identiteit wordt gekeken. Of ten aanzien van een regeling op het gebied van het aanstellingsbeleid, waarvoor het instemmingsrecht geldt, kan de OR een taak worden toegekend erop toe te zien dat de identiteit van de onderneming daarin duidelijk doorklinkt (art. 27 lid 1 onder e WOR).

Hoewel de WOR deze mogelijkheid niet expliciet biedt, verbiedt de wet niet afstand te doen van bevoegdheden.⁹⁵⁸ Op de OR rust daarmee echter geen enkele verplichting blijvend af te zien van het uitoefenen van bevoegdheden indien het uitoefenen van het instemmingsrecht in voorkomende gevallen alsnog de voorkeur krijgt.

5.3.4 Wet medezeggenschap werknemers

In 1998, het jaar van de laatste grote wijziging van de WOR, valt het besluit tot een evaluatie van de wet. In 2003 komt het kabinet tot de conclusie dat de naleving van de WOR verbetering behoeft.⁹⁵⁹ Om advies gevraagd, is de SER echter verdeeld over de vraag over de verhouding tussen bescherming en flexibiliteit.⁹⁶⁰ Daarop komt het kabinet met een nieuw wetsvoorstel ter vervanging van de WOR, de WMW. Het wetsvoorstel beoogt meer maatwerk mogelijk te maken, door de betrokkenheid bij het werk van de OR te stimuleren en regelgeving eenvoudiger en toegankelijker te maken. De WMW moet organisaties van werkgevers en werknemers de mogelijkheid bieden zelf afspraken te maken over medezeggenschap. Ook wordt het mogelijk, met instemming van de OR, de wettelijke bevoegdheden van de OR te beperken.⁹⁶¹

Na kritiek vanuit de Tweede Kamer vanwege de vrees voor uitholling van de rechten van de OR alsmede de opvatting dat de huidige WOR voldoende ruimte biedt

⁹⁵⁷ Jacobs 2007, p. 222.

⁹⁵⁸ Volgens de OR van de reformatorische Stichting Adullam voor Gehandicaptenzorg te Ede brengt erkenning van Bijbelse gezagsverhoudingen mee dat geen gebruik zal worden gemaakt van het instemmingsrecht. Het sociaal jaarverslag over 2006 meldt hierover dat de Bijbelse gezagsverhoudingen overlegvormen ten aanzien van het te voeren beleid niet in de weg staan, maar dat besluitvorming daar plaats heeft, waar het gezag op Bijbelse gronden berust. *Sociaal jaarverslag Adullam 2007*, p. 9.

⁹⁵⁹ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 792, nr. 1.

⁹⁶⁰ Zie: *Aanpassing Wet op de ondernemingsraden 2003*.

⁹⁶¹ Zie voor de motivering: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 28 mei 2004, persbericht nr. 04/020 en Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 4 juni 2004, brief aan de SER, nr. 2004/7562.

voor maatwerk, wordt het wetsvoorstel najaar 2005 ingetrokken.⁹⁶² Verdergaande flexibilisering van medezeggenschap zou de tendensinstelling de mogelijkheid hebben kunnen bieden te bezien in welke gevallen bemoeienis van de OR zou kunnen raken aan de identiteit, om aansluitend daarover met de OR afspraken te maken. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel WMW besteden de politieke partijen echter geen aandacht aan de identiteit van de tendensinstelling.⁹⁶³ Het is een fundamenteel verschil ten opzichte van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel WOR, waar de theoretische grondslagen van medezeggenschap nog uitvoerig aan bod komen.⁹⁶⁴

5.3.5 Conclusie

De WOR is van toepassing op de onbenoemde tendensinstelling die een onderneming voert in de zin van de wet. Hoewel de WOR niet voor het kerkgenootschap geldt, kennen grotere kerkgenootschappen eigen regelingen voor medezeggenschap, of ze sluiten bij de WOR aan.

De WOR is overwegend van dwingendrechtelijke aard. Uitzonderingen voor de tendensinstelling zijn afwezig. Bij de behandeling van het wetsvoorstel WMW, dat meer ruimte biedt voor flexibiliteit en daarmee voor een eigen invulling van medezeggenschap, gaat de aandacht in de politiek vooral uit naar het bestendigen van een stevige positie van de OR. Anders dan bij de behandeling van het wetsvoorstel WOR komt de vraag of uit overwegingen van identiteit van medezeggenschap kan worden afgezien, in de afweging niet meer aan de orde. Weliswaar bevat art. 5 WOR een ontheffingsmogelijkheid, maar deze ziet niet op identiteitsbepaalde bezwaren.

De beste waarborg voor een tendensinstelling dat identiteit in de uitoefening van medezeggenschap doorklinkt, is werk te maken van een identiteitsbeleid dat de gehele arbeidsorganisatie doordeesemt.⁹⁶⁵ Om de OR concreet een stevige positie te geven ten aanzien van de identiteit, biedt art. 32 lid 2 WOR de mogelijkheid daarover gerichte afspraken te maken tussen ondernemer en OR. In een protocol of statuut kunnen de onderscheiden bevoegdheden van de OR worden toegespitst op het thema identiteit. Om te waarborgen dat de OR daadwerkelijk invloed heeft op het waarborgen van de identiteit, is het aan te bevelen welke status de nadere afspraken krijgen.

⁹⁶² Op 31 augustus 2005 haalde de Tweede Kamer op verzoek van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de behandeling van de Wet medezeggenschap werknemers (29 818) en de invoeringswet Wet medezeggenschap werknemers (29 945) van de agenda van die dag af. Directe aanleiding was het geringe draagvlak dat de minister verwachtte. *Handelingen II*, 2004/05, nr. 100, p. 6133, 6134. (Regeling van werkzaamheden). Op 5 oktober 2005 trok minister De Geus (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) vervolgens beide wetsvoorstellen in. *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 818 en 29 945, nr. 28. (Brief houdende intrekking van de wetsvoorstellen.)

⁹⁶³ Mulder 2007, p. 67, 69.

⁹⁶⁴ *Kamerstukken II*, 1969/70, 10 335, nr. 3, p. 9, 10. *Handelingen II*, 1969/70, 10 335, nr. 97, p. 4479, 4482.

⁹⁶⁵ Zo blijkt in de praktijk dat ondernemingsraden in reformatorische tendensinstellingen bereid zijn hun bevoegdheden met inachtneming van Bijbelse gezagsverhoudingen uit te oefenen. Mulder 2007, p. 90.

5.4 Wet medezeggenschap op scholen (WMS)

5.4.1 Inleiding

Ouders, leerlingen en personeel oefenen door middel van de medezeggenschapsraad (MR) invloed op het beleid uit. De WMS, die de Wet medezeggenschap onderwijs 1992 (WMO 1992) heeft opgevolgd, regelt de instelling, taken en bevoegdheden van de MR.⁹⁶⁶ Zoals uit de bespreking zal blijken, is medezeggenschap van de personeelsgeleding, de oudergeleding en de leerlinggeleding sterk verweven. Omdat werknemers binnen dit krachtenveld van drie partijen medezeggenschap uitoefenen, gaat bij het bespreken van de WMS veel aandacht uit naar de MR als geheel. Aan het slot van deze paragraaf wordt apart aandacht besteed aan medezeggenschap in de personeelsgeleding.

5.4.2 Medezeggenschapsraad

Instelling

Kern van de WMS is de medezeggenschapsraad (MR). Op elke school dient een MR te zijn, bestaande uit leden die door het personeel, ouders en leerlingen worden gekozen (art. 3 WMS). Indien het bevoegd gezag meer dan een school in stand houdt, dient er voor de betreffende scholen bovendien een gemeenschappelijke MR te worden ingesteld (art. 4 WMS).⁹⁶⁷

Tot de algemene taken van de MR behoort het naar vermogen bevorderen van openheid en onderling overleg in de school (art. 7 lid 1 en 3 WMS). Op grond van art. 7 lid 2 WMS heeft de MR in de school tegen 'discriminatie op welke grond dan ook' te waken en moet deze 'gelijke behandeling in gelijke gevallen' bevorderen 'en in het bijzonder de gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsmede de inschakeling van gehandicapten en allochtone werknemers'. Deze expliciete opdracht is de actieve aanvulling op het in de Awgb neergelegde passieve verbod op het maken van onderscheid.

Om als gelijkwaardige partner in het overleg met het bevoegd gezag te kunnen fungeren, heeft de MR een sterke positie nodig. Daartoe kent de WMS de MR een

⁹⁶⁶ Voor de invoering van de WMS vallen drie belangrijke redenen te noemen. In de eerste plaats zijn de verhoudingen tussen het gezag (bestuur, management/directie) en de MR (personeel, ouders, leerlingen) in de laatste decennia ingrijpend gewijzigd. In de tweede plaats vindt het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden vanaf 2009 in de gehele onderwijssector plaats in overleg tussen de organisaties van werkgevers en werknemers. De daarbij behorende CAO's bieden veelal een grofmazig kader, dat in de MR verfijning moet ondergaan. Daarbij dient de personeelsgeleding een andere positie in te nemen dan de geledingen van ouders en leerlingen. In de derde plaats geldt voor het primair onderwijs en het praktijkonderwijs sinds medio 2006 financiering door lumpsumbekostiging. Bestuur en management/directie hebben aanmerkelijk meer bevoegdheden gekregen ten aanzien van het financieel beleid. *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 768, nr. 4. Brekelmans 2007, p. 11, 12. De voorlopers van de WMS zijn de WMO, Wet van 16 december 1981, *Stb.* 778 en de WMO 1992, Wet van 3 december 1992, *Stb.* 663. Uitgebreid: Beurskens 1991, p. 522 e.v. Zie ook: Brekelmans 2007, p. 11.

⁹⁶⁷ Zie Brekelmans 2007, p. 12.

instemmingsbevoegdheid en een adviesbevoegdheid toe. Bij aangelegenheden als het veranderen van de onderwijskundige doelstellingen van de school heeft het bevoegd gezag de instemming van de MR nodig. Dat geldt ook voor onder andere het vaststellen of wijzigen van het schoolplan, het leerplan, de onderwijs- en examenregeling of het zorgplan. Daarnaast zijn er adviesbevoegdheden. Te denken valt aan het vaststellen of wijzigen van de hoofdlijnen van het meerjarig financieel beleid voor de school, het aangaan, verbreken of in belangrijke mate wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere instelling, of het vaststellen of wijzigen van het beleid met betrekking tot de organisatie van de school. Naast het pakket van gezamenlijke medezeggenschapsbevoegdheden kent de WMS de drie geledingen afzonderlijk instemmingsbevoegdheden toe. Voor de personeelsgeleding hebben deze betrekking op arbeidsvoorwaardelijke aangelegenheden in ruime zin.

Ontheffing

De meest vergaande manier om principiële bezwaren tegen medezeggenschap tegemoet te komen, is het bieden van een mogelijkheid tot ontheffing. Onder de WMO 1992 kon de minister van Onderwijs het bevoegd gezag van een bijzondere school op gronden in verband met de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging die aan de school ten grondslag ligt, onder voorwaarden ontheffing verlenen van de verplichting tot het instellen van een MR. De minister kon bovendien toestemming verlenen de leerlinggeleding achterwege te laten als tegen een MR als zodanig geen bezwaar bestond.

De generieke ontheffingsmogelijkheid is met het in werking treden van de WMS vervallen.⁹⁶⁸ Het hebben van een MR en het waarborgen van de positie daarin van de geledingen dienen onverkort van toepassing te zijn.⁹⁶⁹ Art. 42 WMS, een van de slotartikelen uit de wet, is voor wat betreft deze verplichting de meest ingrijpende verandering ten opzichte van de WMO 1992. De ontwikkeling naar meer autonomie voor en beleidsverantwoordelijkheid van schoolbesturen verdraagt zich niet met een generieke ontheffingsmogelijkheid, merkt de regering op bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel WMS. Wel is er ruimte voor maatwerk op grond van godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen.⁹⁷⁰

De WMS brengt de verplichting mee tot het instellen van een (gemeenschappelijke) MR, met leerlinggeleding (art. 3 en 4 WMS). Het medezeggenschapsreglement kan daarbij regelen dat leerlingen en hun ouders slechts kandidaat kunnen zijn voor verkiezing tot lid van de MR, indien zij hebben verklaard de grondslag en

968 In de WMS is een overgangstermijn opgenomen. Zie voor een praktijkvoorbeeld van een invoeringstraject: Hak 2008, p. 28, 29. Het Eindrapport van het project Wet medezeggenschap op scholen maakt slechts summier melding van de begeleiding bij de invoering van een medezeggenschapsraad. *Eindrapport WMS 2009*, p. 23.

969 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 414, nr. 3, p. 17.

970 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 414, nr. 3, p. 16. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 414, nr. 7, p. 12. De opname van de afwijkingmogelijkheid van art. 29 in de WMS komt voort uit het Algemeen Overleg met de Vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van de Tweede Kamer bij de bespreking van de Eindrapportage WMS. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 314, nr. 3, p. 18. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel WMS vragen de fracties van ChristenUnie en SGP zich af hoe een toename van flexibiliteit en variëteit in taken en bevoegdheden van een MR met het schrappen van de ontheffingsbepaling valt te rijmen. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 414, nr. 6, p. 8, 9.

de doelstellingen van de school te respecteren (art. 24 lid 4 onder a WMS) waarbij moet worden opgemerkt dat respecteren minder ver strekt dan onderschrijven.⁹⁷¹ In het besef dat met de komst van de WMS medezeggenschap als zodanig onontkoombaar is, is de discussie verschoven van de vraag of het instrument als zodanig acceptabel is naar de vraag hoe er verantwoord gebruik van kan worden gemaakt.⁹⁷²

Het bevoegd gezag is verantwoordelijk voor de naleving van de WMS. In gevallen waarin wordt gesignaleerd dat de wettelijke voorschriften niet worden nageleefd, kan de minister ingrijpen door middel van een bekostigingssanctie (art. 38 WMS). Door het vervallen van de generieke ontheffingsmogelijkheid van het instellen van een MR komt de bekostigingsvoorwaarde nadrukkelijk in het teken te staan van de vraag hoe beperkend de overheid door voorwaardelijke financiering voor de vrijheid van onderwijs kan optreden.⁹⁷³

5.4.3 WMS en identiteit

Kerntaken MR

De WMS biedt op verschillende plaatsen ruimte de invulling van medezeggenschap af te stemmen op de specifieke situatie van de school. Ook expliciet houdt de wet rekening met mogelijke bezwaren tegen medezeggenschap vanwege overwegingen van identiteit.

Art. 10 WMS noemt door het bevoegd gezag te nemen besluiten in aangelegenheden waarbij sprake is van instemmingsbevoegdheid voor de MR als geheel. Samenhang met de identiteit is er bij een door het bevoegd gezag te nemen besluit met betrekking tot verandering van onderwijskundige doelstellingen. Vaststelling of wijziging van een mogelijk schoolreglement is een andere aangelegenheid waarbij dat het geval is. Zeer zeker is dat verder zo bij de overdracht van de school of van een onderdeel daarvan, respectievelijk fusie van de school met een andere school, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake.

Hoewel de in art. 11 WMS te vinden adviesrechten voornamelijk het organisatorisch vlak bestrijken, is ook hier een aantal aangelegenheden van invloed op de identiteit van de school. Het kan bijvoorbeeld zijn het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere instelling, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake. Hetzelfde geldt voor de vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van aanstellings- of ontslagbeleid voor zover die vaststelling of wijziging verband houdt met de grondslag van de school of de wijziging daarvan. Eveneens raakvlakken met identiteit heeft

⁹⁷¹ Zie paragraaf 4.3.4.

⁹⁷² Wiltink 2006. *Wet Medezeggenschap op Scholen* 2007, p. 12. Mulder 2008, p. 6. Den Uil 2008, p. 20. *Reformatorisch Dagblad* 28 december 2006, 'Medezeggenschap vraagt om wederzijds respect'. *Reformatorisch Dagblad* 4 mei 2007, 'Blijf medezeggenschap afwijzen'.

⁹⁷³ Beurskens 1991, p. 219. Gelet op de financiële consequenties van het niet naleven van de bekostigingsvoorwaarden heeft de vrijheid hiervan af te wijken een hoog theoretisch gehalte. Uitgebreid: Mentink 1989. Zie ook: Beurskens 1991, p. 77-85 en 93-99 en *Reformatorisch Dagblad* 6 juni 2006, 'Verplichte medezeggenschap strijdt met art. 23'.

de aanstelling of het ontslag van de schoolleiding. Dat is verder zo voor de vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot de toelating en verwijdering van leerlingen en de vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot de toelating van studenten die elders in opleiding zijn voor een functie in het onderwijs. Art. 17 WMS regelt hoe het bevoegd gezag moet omgaan met adviesbevoegdheid.

Art. 12, 13 en 14 WMS kennen aan de onderscheiden geledingen afzonderlijk eigen instemmingsbevoegdheden toe.⁹⁷⁴ Het bevoegd gezag heeft instemming bij verandering van de grondslag van de school of omzetting van de school of van een onderdeel daarvan, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake (art. 13 onder b en art. 14 lid 2 onder b WMS). Deze instemmingsbevoegdheid, die in de WMO 1992 nog niet was opgenomen, is het gevolg van het opnemen van het amendement Kraneveldt (LPF) en Lambrechts (D66) in het wetsvoorstel WMS. Hun argumentatie luidt dat het veranderen van de grondslag van de school of omzetting van een bijzondere school in een openbare of omgekeerd, een zeer fundamentele, principiële en ingrijpende wijziging is. Daarom mag een besluit tot het wijzigen van de grondslag van de school of tot omzetting van de school nooit worden genomen zonder de nadrukkelijke instemming van de ouder/leerlinggeleding van de MR.⁹⁷⁵ De school heeft op dit zwaarwegende punt geen instemming van de personeelsgeleding. Dat mag een opmerkelijke constatering heten, met het oog op de veronderstelling dat de wijziging van de grondslag voor de werknemers juist van fundamenteel belang is. Als het over de grondslag gaat, moet de personeelsgeleding de instemmingsbevoegdheid met betrekking tot de vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van aanstellingsbeleid of ontslagbeleid voor zover die vaststelling of wijziging verband houdt met de grondslag van de school of de wijziging daarvan in gezamenlijkheid met de ouder/leerlinggeleding uitoefenen (art. 11 onder G WMS). Slechts wanneer vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van het bevorderingsbeleid of op het gebied van het aanstellingsbeleid en ontslagbeleid geen verband houdt met de grondslag van de school of de wijziging daarvan, komt aan de personeelsgeleding afzonderlijk instemmingsbevoegdheid toe (art. 12 lid 1 onder o WMS).

Art. 30 WMS voorziet in één landelijke commissie voor geschillen. De centralisatie in de WMS stelt een jarenlange traditie van kringenrechtspraak in het bijzonder onderwijs fundamenteel ter discussie.⁹⁷⁶ De commissie is bevoegd met instemming van beide partijen een bemiddelingsvoorstel voor te leggen. Indien instemming uitblijft, of de commissie geen gebruik maakt van deze bevoegdheid, beoordeelt de commissie of het bevoegd gezag bij het niet of niet geheel volgen van het advies van de MR bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid

974 Art. 12 WMS werkt de instemmingsbevoegdheid van de personeelsgeleding uit. Art. 13 en 14 WMS regelen de instemmingsbevoegdheid van de oudergeleding en/of leerlinggeleding.

975 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 414, nr. 39, p. 1, 2 (amendement Kraneveldt/Lambrechts).

976 De instelling van een enkele instantie betekent een fundamentele koerswijziging ten opzichte van de WMO 1992, waarin sprake was van geschilbeslechting door eigen commissies van de scholen. Zie ook: J.G.N. Schreuders & J.W. Voorwinden, 'Medezeggenschap in vraag en antwoord', *DRS Magazine* 2008 (jrg. 36, nr. 2, februari 2008), p. 37. Zie ook: Ktr. Amsterdam (voorzieningenrechter) 18 november 2005, *JAR* 2006/22 (Medezeggenschap islamitische basisscholen).

tot zijn voorstel heeft kunnen komen. De commissie doet vervolgens de bindende uitspraak of het betrokken besluit in stand kan blijven (art. 34 lid 3 WMS).

Wijzigen bevoegdheden

Met inachtneming van de wettelijke vereisten stelt het bevoegd gezag een medezeggenschapsstatuut en een medezeggenschapsreglement vast (art. 21 en 23 WMS). Het medezeggenschapsreglement geeft de MR en het bevoegd gezag de ruimte om instemmingsbevoegdheden en adviesbevoegdheden om te zetten, deze aan de voltallige MR over te dragen of ze desgewenst uit te breiden. Omzetting en overdracht vereisen toestemming van het bevoegd gezag (art. 24 lid 2 WMS). Bovendien kan in het reglement worden geregeld dat het bevoegd gezag ook instemming of advies behoeft, voor te nemen besluiten met betrekking tot nader in het reglement te omschrijven aangelegenheden die niet reeds in de wet worden genoemd (art. 24 lid 3 WMS). De geldigheidsduur van genoemde omgezette, overgedragen of uitgebreide bevoegdheden in het medezeggenschapsreglement bedraagt ten hoogste twee jaren. Deze termijn kan telkens worden verlengd met ten hoogste twee jaren, indien ten minste twee derde van het aantal leden van de MR daartoe besluit (art. 25 lid 2 WMS).

Art. 24 WMS is het algemene artikel over het omzetten van bevoegdheden. Het komt echter niet tegemoet aan de bezwaren tegen medezeggenschap die voortvloeien uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school. Met het oog daarop regelt 'vluchtheuvelbepaling' art. 29 WMS dat het bevoegd gezag aan de voorkant van de regeling van medezeggenschapsrechten, instemmingsrechten in adviesrechten kan omzetten. Het primaat dat te doen, ligt dus bij het bevoegd gezag in plaats van bij de MR (art. 24 WMS). Het bevoegd gezag kan de omzetting of overdracht van bevoegdheden slechts toepassen indien een meerderheid van twee derde zowel van het personeel van de school als van de ouders en leerlingen dat ondersteunt. Met deze bepaling in de hand kunnen scholen in het reformatorisch onderwijs de bevoegdheden en dus de invloed van de MR in het algemeen en die van de leerlinggeleding in het bijzonder beperken. Deze beperking heeft wel instemming vooraf nodig van alle drie geledingen in de MR. Bovendien komt de mogelijkheid tot afwijking te vervallen, indien de gronden waarop zij berustte niet langer aanwezig zijn, dan wel indien daarvoor niet langer steun is bij een meerderheid van twee derde van elke geleding (art. 29 lid 2 WMS). Met het oog daarop toetst het bevoegd gezag elke vijf jaar de stand van zaken met betrekking tot de gronden van de afwijking en de ondersteuning ervan (art. 29 lid 3 WMS). Als binnen een school een conflict zou ontstaan over het gebruikmaken van de mogelijkheid van art. 29 WMS, is het in eerste instantie aan partijen daaruit te komen.⁹⁷⁷

⁹⁷⁷ Brekelmans 2007, p. 19.

5.4.4 Personeelsgeleding

In de discussie over de WMS speelt de positie van de werknemers slechts summier een rol. Art. 1 onder i WMS definieert als 'personeel' het personeel dat in dienst is, of ten minste zes maanden zonder benoeming bij het bevoegd gezag is te werk gesteld, en dat werkzaam is ten behoeve van een van de in de art. 1 onder b, c en d WMS genoemde instellingen, of werkzaamheden verricht ten behoeve van meer dan een school.

Het instemmingsrecht van de personeelsgeleding betreft vooral arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden (art. 12 WMS). Daarover moeten werkgever en werknemer normaliter al overeenstemming bereiken, reden waarom de instemmingsbevoegdheid van de MR geen nadere inperking op het gezag van het schoolbestuur met zich brengt. Overigens kunnen leerkrachten veelal zonder problemen lid worden van de schoolvereniging, waarmee ze zeggenschap hebben over het beleid van de school waar ze zelf les geven.⁹⁷⁸

Een terugkerend thema bij het onderzoek naar de positie van de tendenswerkgever is de spanning tussen de godsdienstige identiteit en de verplichting tot gelijke behandeling. De hiervoor genoemde opdracht van art. 7 lid 2 WMS past in dat beeld. De vraag of een opdracht aan de MR om 'gelijke behandeling in gelijke gevallen' actief te bevorderen de ruimte voor het bevoegd gezag inperkt, kan bevestigend worden beantwoord. Als voorbeeld valt te noemen de adviesbevoegdheid van de MR bij aanstelling van de schoolleiding (art. 11 onder h WMS).⁹⁷⁹

5.4.5 Conclusie

De opvatting dat behalve aan het personeel ook aan ouders en leerlingen medezeggenschap toekomt, is in brede kring zo vanzelfsprekend dat deze bij de totstandkoming van de WMO, een van de voorgangers van de WMS, amper onderbouwing krijgt.⁹⁸⁰ Bij de totstandkoming van de WMS is het verstevigen van de invloed van de MR een onontkoombaar vertrekpunt. De WMO 1992 voorziet op grond van godsdienstige of levensbeschouwelijke overwegingen nog in een generieke ontheffingsmogelijkheid voor onderwijsinstellingen met zwaarwegende principiële bezwaren tegen een MR. De WMS kent deze optie nadrukkelijk niet meer. Iedere school moet aan de basisstructuur voldoen. De drie geledingen hebben gezamenlijke medezeggenschapsbevoegdheden en daarnaast een aantal eigenstandige, exclusieve instemmingsbevoegdheden. Voor de personeelsgeleding hebben deze op arbeidsvoorwaardelijke aangelegenheden in ruime zin betrekking.

De kerntaken, adviesrechten en instemmingsrechten van de WMS laten zien dat medezeggenschap van invloed is op de identiteit. Een voorbeeld is de instem-

978 Zie bijvoorbeeld art. 5 Statuten van de Vereniging tot stichting en instandhouding van scholen met de Bijbel te Staphorst.

979 Zie bijvoorbeeld het reformatorisch onderwijs. Hoewel vrouwen daarin veruit in de meerderheid zijn, is een vrouw als directeur nog altijd ondervertegenwoordigd. *Nederlands Dagblad* 30 augustus 2006, 'Reformatorisch onderwijs weert vrouwen als directeur'.

980 Beurskens 1991, p. 532.

mingsbevoegdheid van de ouder/leerlingengeleding bij verandering van de grondslag van de school of omzetting van de school of van een onderdeel daarvan, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake.

Binnen de voorgeschreven basisstructuur biedt de WMS een mogelijkheid bij de invulling van de medezeggenschap aan godsdienstige of levensbeschouwelijke bezwaren tegemoet te komen.⁹⁸¹ Art. 29 WMS regelt dat het bevoegd gezag op gronden die verband houden met de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging die aan de school ten grondslag ligt, instemmingsrechten kan omzetten in adviesrechten. Deze vijfjaarlijks te toetsen omzetting geeft een aanvulling op art. 24 WMS, het algemene artikel over het omzetten van bevoegdheden, waarvan het primaat bij de MR ligt.

Dat de WMS minder ruimte biedt voor een eigen identiteit dan de WMO 1992, blijkt verder uit de verplichte instelling van een enkele landelijke geschillencommissie (art. 30 WMS). Ook hier spreekt uit de wetsgeschiedenis onvoldoende politiek draagvlak voor het voortzetten van een situatie waarin diversiteit in het denken over medezeggenschap erkenning krijgt in het bestaan van diverse de facto naar richting gevormde commissies die uitspraak doen bij geschillen.

5.5 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (WMCZ)

5.5.1 Inleiding

De WMCZ legt inspraak voor cliënten van instellingen in de ouderenzorg, gezondheidszorg en welzijnszorg vast.⁹⁸² De WMCZ is primair op cliënten van de zorginstelling gericht. Het belang voor de tendensinstelling als werkgever bij de WMCZ ligt in het gegeven dat medezeggenschap door de cliëntenraad kan doorwerken in de arbeidsorganisatie. Er zijn kwesties waarbij zowel de OR als de cliëntenraad moeten worden betrokken. Bovendien is er sprake van dubbelloop van een aantal bevoegdheden.⁹⁸³ Na het schetsen van de totstandkoming van de WMCZ volgt een bespreking van de instelling en taken.

⁹⁸¹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 414, nr. 3, p. 8. (MvT).

⁹⁸² Wet van 20 februari 1996, *Stb* 204, houden de regels ter bevordering van de medezeggenschap van de cliënten van uit collectieve middelen gefinancierde zorgaanbieders op het terrein van de maatschappelijke zorg en gezondheidszorg. De WMCZ geeft aan bestaande medezeggenschapsregelingen een wettelijke basis. Van der Voet 2005, p. 271.

⁹⁸³ Art. 3 lid 1 onder b, c, d, e, f, g, h, i, k tegenover achtereenvolgens art. 25 lid 1 onder a en b, onder c en f, onder e, onder d WOR, art. 30 WOR, art. 31a WOR, art. 27 lid 1 onder f, onder e, i, j, onder k WOR.

5.5.2 Wording en evaluatie

Medezeggenschap in de gezondheidszorg is een logische stap in een proces van toenemende overheidsbemoedienis, schaalvergroting en bureaucratisering.⁹⁸⁴ Bij diverse pogingen tot een wettelijke regeling te komen, blijken twee aspecten politiek gevoelig te liggen. Het betreft de vraag wie het binnen de instelling voor het zeggen heeft en de vraag of de identiteit van de instelling mogelijk gevaar loopt.⁹⁸⁵

Het wetsvoorstel WMCZ uit 1991 sluit aan bij de opvattingen over de systematiek van wettelijk geconditioneerde zelfregulering.⁹⁸⁶ Het streven is gericht op een zodanige wettelijke regeling dat instellingen zo veel mogelijk ruimte hebben de te treffen regelingen op de omstandigheden en wensen ter plekke af te stemmen.⁹⁸⁷ Gesubsidieerde instellingen moeten een cliëntenraad instellen. Deze heeft adviesrecht en instemmingsrecht in kwesties inzake cliëntenbelangen. De cliëntenraad oefent invloed uit op de samenstelling van het bestuur. Het staat de zorgaanbieder vrij aan de cliëntenraad bovenwettelijke bevoegdheden toe te kennen.

Tijdens de parlementaire behandeling uiten de kleine christelijke partijen hun zorg over de inbreuk die het wetsvoorstel WMCZ op de structuur van de zorginstelling maakt en daarmee samenhangend op de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit.⁹⁸⁸ De regering stelt daartegenover dat zelfregulering op sommige punten tekortschiet om de belangen van cliënten in de gezondheidszorg, die in een afhankelijkheidsrelatie verkeren, structureel te behartigen.⁹⁸⁹ Het opleggen van beperkingen aan het recht van vereniging in deze door het invoeren van democratiseringsregels past bij een ruimere interpretatie van het belang van de beperkingsgrond openbare orde (art. 8 GW).⁹⁹⁰

Uit een eerste evaluatie vijf jaar na het in werking treden blijkt de WMCZ in sectoren zonder traditie van medezeggenschap, zoals ziekenhuizen en thuiszorg, als breekijzer te hebben gefungeerd om formele veranderingen te bewerkstelligen.⁹⁹¹ Doordat de WMCZ zich op de hele zorgsector richt, is er echter te weinig oog voor de verscheidenheid in het onderliggende toepassingsbereik.⁹⁹² Voor de tendensinstelling klemmt deze vaststelling te meer omdat uit de praktijk blijkt dat veel cliëntenraden geen afspiegeling vormen van hun achterban en daarmee ook nog eens onvoldoende communiceren.

984 Van der Voet 2005, p. 8, 9. Zie voor meer informatie: <<http://www.bbvz.nl>>.

985 Van der Voet 2005, p. 21-27, 33-37. *Commissie-Van der Burg* 1977, p. 29. *CRV-advies* 1979, p. 20.

986 *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 041, nr. 1, 2.

987 *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 040, nr. 3, p. 5. *Kamerstukken I*, 1995/96, 23 041, nr. 159, p. 1. Uitgebreid over de systematiek: Van der Voet 2005, p. 189-206.

988 *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 041, nr. 4, p. 6, 7. *Handelingen II*, 1994/95, nr. 88, p. 5957, 5962 en 5969.

989 *Handelingen II*, 1994/95, nr. 88, p. 5981, p. 6004.

990 *Kamerstukken I*, 1994/95, 23 041, nr. 31b, p. 7, 8.

991 Zo is sinds de invoering van de WMCZ het aantal thuiszorginstellingen met een cliëntenraad toegenomen van 24% in 1996 tot 61% in 2000. Dit hangt samen met het feit dat de koepelorganisatie Landelijke Vereniging voor Thuiszorg (LVT) de aanwezigheid van een cliëntenraad als voorwaarde voor certificatie stelt. De Savornin Lohman 2000, p. check.

992 Zo voldoen de cliëntenraden in de intramurale AWBZ-instellingen. Maar een ziekenhuisbestuurder vertelde aan Van der Voet dat veel ziekenhuizen alleen een cliëntenraad instellen om van het gezeur af te zijn: 'Een goed functionerende cliëntenraad is een witte raaf'. <<http://www.medicalfacts.nl/2005/09/06/clientenraden-functioneren-niet/>>. Van der Voet 2005, p. 385.

5.5.3 WMCZ en identiteit

Instelling en taken

De zorgaanbieder stelt voor elke door hem in stand gehouden instelling een cliëntenraad in, die binnen het kader van de doelstellingen van de instelling in het bijzonder de gemeenschappelijke belangen van de cliënten behartigt (art. 1 onder c en art. 2 onder a WMCZ). De zorgaanbieder heeft een grote vrijheid bij het vormgeven van de cliëntenraad en het beschikbaar stellen van de materiële middelen voor de werkzaamheden. Als er vanwege te weinig belangstelling van kiesgerechtigden of kandidaten geen cliëntenraad wordt ingesteld, moet de zorgaanbieder na twee jaar een nieuwe poging ondernemen (art. 2 lid 6 WMCZ).⁹⁹³ In de praktijk blijkt het instellen van een cliëntenraad bij zorgaanbieders met een snel fluctuerend cliëntenbestand, zoals ziekenhuizen, bijzonder lastig.⁹⁹⁴

De cliëntenraad moet redelijkerwijze representatief kunnen worden geacht voor cliënten en redelijkerwijze in staat worden geacht hun gemeenschappelijke belangen te behartigen (art. 2 lid 3 WMCZ). Bij een geschil over de representativiteit is de rechter bevoegd tot een volledige toetsing.⁹⁹⁵ De zorgaanbieder mag bepalen of ook werknemers zitting in de cliëntenraad kunnen hebben. In sommige gevallen kunnen werknemers beter in staat worden geacht de belangen van cliënten te behartigen dan cliënten zelf, bijvoorbeeld in een verzorgingstehuis waar mensen met een geriatrische aandoening wonen.⁹⁹⁶

Art. 3 en 4 WMCZ regelen het adviesrecht van de cliëntenraad. De opsomming van onderwerpen in art. 3 lid 1 WMCZ lijkt op de lijst van art. 25 WOR.⁹⁹⁷ De in art. 4 WMCZ geregelde verzwaarde adviesprocedure heeft veel gelijkenis met een instemmingsprocedure. Het is mogelijk de cliëntenraad schriftelijk verdergaande bevoegdheden toe te kennen waarop de verzwaarde adviesprocedure van toepassing is (art. 6 lid 2 WMCZ).⁹⁹⁸

Bewaken identiteit

Voor wat betreft het samenstellen van een cliëntenraad heeft het kabinet het niet nodig geacht eisen aan de leden te stellen met betrekking tot het beschermen van de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit van een instelling.⁹⁹⁹ Het behartigen van belangen heeft plaats binnen het kader van de doelstellingen van de instelling, wat voldoende waarborgen zou moeten bieden (art. 2 lid 1 WMCZ).

⁹⁹³ *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 041, nr. 5, p. 8 (MvT).

⁹⁹⁴ Van der Voet 2005, p. 299.

⁹⁹⁵ HR 6 april 2001, NJ 2001/325 (Representativiteit cliëntenraad).

⁹⁹⁶ Van der Voet raadt deze optie af, vanwege het risico op een loyaliteitsconflict met de zorgaanbieder (hun werkgever) en/of van een tegenstrijdigheid met hun eigen werknemersbelangen. Van der Voet 2005, p. 299. In dezelfde zin Van der Voet 2009. <<http://www.sducommentaararbeidsrecht.nl>>.

⁹⁹⁷ Zie ook: Sluijters 2004, p. 736.

⁹⁹⁸ De zorgaanbieder kan niet terugkomen op de toedeling van bovenwettelijke bevoegdheden, tenzij de cliëntenraad hiermee instemt of de vertrouwenscommissie vervangende toestemming verleent. *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 041, nr. 3, p. 28.

⁹⁹⁹ *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 041, nr. 5, p. 25, 26.

Medezeggenschap voor cliënten is voor de tendensinstelling een stimulans voor een doordacht identiteitsbeleid.¹⁰⁰⁰ Dit is voor de zorginstelling eens te meer van belang omdat de representativiteit van cliëntenraden voor hun achterban in de praktijk problematisch is. De animo voor deelname aan de cliëntenraad laat te wensen over, waardoor met name het 'activistisch smaldeel' van de cliënten in de raad is vertegenwoordigd. Daarbij komt dat veel cliëntenraden onvoldoende contact met de achterban onderhouden.¹⁰⁰¹ Een activistische cliëntenraad die geen juiste afspiegeling is van de achterban en die daarmee onvoldoende contact houdt, valt geen gunstig uitgangspunt te noemen voor een zorgvuldige omgang met identiteitsgevoelige onderwerpen.

Het recht van het advies van de cliëntenraad af te wijken biedt een garantie op het beschermen van de identiteit van instelling (art. 4 lid 2 WMCZ). Meer nog van belang in dit verband is het gegeven dat de adviserende bevoegdheden over zaken die bij uitstek aan de identiteit raken, niet onder het verzwaarde adviesrecht vallen. Het gaat dan om onderwerpen vermeld in art. 3 lid 1 sub a tot en met h WMCZ, zoals een wijziging van de doelstelling of grondslag, het overdragen van de zeggenschap of fusie of het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere instelling, het benoemen van personen die rechtstreeks de hoogste zeggenschap zullen uitoefenen bij de leiding van arbeid in de instelling, of het algemeen beleid inzake de toelating van cliënten en de beëindiging van deze zorgverlening aan cliënten.

De meeste discussie als het gaat om het beschermen van de identiteit van de instelling heeft art. 7 WMCZ opgeroepen.¹⁰⁰² Dit artikel legt vast dat cliënten invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van het bestuur. Op grond van art. 7 WMCZ dient de zorgaanbieder in de statuten vast te leggen dat de cliëntenraad een recht van bindende voordracht heeft met betrekking tot de benoeming van in ieder geval één bestuurslid. Staat dat niet in de statuten, dan kan de cliëntenraad zich tot de kantonrechter wenden. Het recht van bindende voordracht geldt eveneens voor een zetel binnen een overkoepelend orgaan van toezicht. Dit recht is bedoeld als extra waarborg, zodat de belangen van cliënten bij besluitvorming in het bestuur voldoende aandacht zullen krijgen.¹⁰⁰³ De cliëntenraad mag een bindende voordracht doen,

1000 Dit vergt volgens Van Gijzen, die algemeen christelijke zorginstellingen heeft onderzocht waarbij de identiteit al geruime tijd niet op de voorgrond heeft gestaan, een overdenking van de samenhang tussen identiteit, zorgverlening en welzijn. Van Gijzen 2005, p. 10, 11. Het Statuut Identiteit van Stichting Gereformeerde Zorgcentra Zuid-Holland (SGZZH) te Capelle aan den IJssel, een koepelorganisatie voor reformatorische zorgaanbieders biedt een voorbeeld van het denken over identiteit en medezeggenschap waarin het besef doorklinkt dat medezeggenschap invloed kan hebben op identiteit. In de zorgvisie voor alle activiteiten die onder de vlag van de stichting worden verricht, is de Bijbel de basis: 'Omdat God Zijn wil in de Tien Geboden bekendgemaakt heeft, hebben we in de praktische uitwerking deze geboden als uitgangspunt genomen.' Deze identiteit biedt ook een normatief kader voor het opereren van de cliëntenraad. <<http://www.sgzzh.nl/>>. Uitgebreid over identiteit in de zorg in reformatorische tendensinstellingen: De Jong 2006 en Janse 2006.

1001 Hoogerwerf, Nievers & Scholten 2004, p. 27.

1002 Mulder 2007, p. 47.

1003 Van der Voet 2005, p. 64.

maar is daartoe niet verplicht.¹⁰⁰⁴ Bovendien biedt art. 7 WMCZ ruimte om nadere eisen te stellen aan het door de cliëntenraad voorgedragen bestuurslid, zoals de statutair vast te leggen zware eis van het onderschrijven van de grondslag van de instelling.¹⁰⁰⁵

Behalve te proberen de cliëntenraad op maat te modelleren, kan de zorginstelling een adviesraad instellen met eigen, statutair vastgelegde bevoegdheden in het bijzonder gericht op het belang van de identiteit. Deze kan als contragewicht voor de cliëntenraad fungeren.¹⁰⁰⁶

In het onverhoopte geval van een geschil tussen de cliëntenraad en de zorgaanbieder voorziet art. 10 WMCZ in geschilbeslechting. De kantonrechter doet uitspraak over de verplichtingen van de zorgaanbieder over de aard waarvan weinig verschil van mening kan bestaan.¹⁰⁰⁷ De kantonrechter kan de zorgaanbieder de verplichting opleggen bepaalde handelingen te verrichten of na te laten en een dwangsom opleggen (art. 10 lid 2, 3 en 4 WMCZ). Een commissie van vertrouwenslieden behandelt zaken waarin meer verschil van inzicht mogelijk is.¹⁰⁰⁸ Dit is voornamelijk aan de orde wanneer de relatie tussen de zorgaanbieder en de cliëntenraad is verstoord. De door de zorgaanbieder in te stellen commissie bemiddelt tussen partijen en kan zo nodig een bindende uitspraak doen (art. 10 lid 1 WMCZ).¹⁰⁰⁹ Indien de zorgaanbieder in een geschil een gefundeerd beroep doet op de statutaire doelstelling en grondslag, behoeft geen vrees te bestaan dat de identiteit wordt aangetast door besluiten van de commissie van vertrouwenslieden.¹⁰¹⁰

5.5.4 Conclusie

Een zorginstelling op welke de WMCZ van toepassing is, moet een cliëntenraad hebben. Hoe de medezeggenschap daarin vormt krijgt, is in grote mate aan de vrijheid van de instelling overgelaten. Het is ook aan de zorgaanbieder te bepalen of werknemers al dan niet lid van de cliëntenraad kunnen zijn. Bij de totstandkoming van de WMCZ werd het belang van de cliënt, die in een afhankelijkheidsrelatie tot de zorginstelling verkeert, van zo groot gewicht geacht, dat de inbreuk op

1004 Het jaarverslag van Eleos over 2005 maakt gewag van een goede samenwerking met de cliëntenraad, die een belangrijke bijdrage levert aan de ontwikkeling van het beleid. Desondanks heeft Eleos in hetzelfde jaar aan de cliëntenraad voorgesteld af te zien van het gebruik van het wettelijke recht op een bindende voordracht met betrekking tot benoemingen van een lid van de Raad van Toezicht, met als motivering het beter kunnen waarborgen van de kwaliteit en onafhankelijkheid. De cliëntenraad heeft hiermee ingestemd en heeft daarvoor in de plaats een adviesbevoegdheid gekregen ten aanzien van elke benoeming van een lid van de Raad van Toezicht. Jaarverslag Eleos 2005, p. 3 en 8.

1005 Deze eis moet overigens voor alle bestuursleden gelden. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 041, nr. 5, p. 25 en nr. 7, p. 11.

1006 Als voorbeeld is te noemen de Raad van Advies van de Stichting Verzorgingshuizen Regio Oost (SVRO), uitgaande van het kerkgenootschap Gereformeerde Gemeenten. Deze raad dient de Raad van Toezicht en de Raad van Bestuur gevraagd en ongevraagd van advies over identiteit. Daarnaast beschikt de SVRO over een interne commissie identiteit, bestaande uit drie leden van het managementteam, die de cliëntenraad op dit vlak kan adviseren. De kernbepalingen over de identiteit en de bevoegdheden en werkzaamheden die daarmee verband houden, zijn te vinden in art. 23 Statuten SVRO.

1007 Van der Voet 2005, p. 66.

1008 Het betreft een aantal nader gespecificeerde artikelen uit de WMCZ. Sluijters 2004, p. 741.

1009 Voor verschillende sectoren in de gezondheidszorg hebben koepelorganisaties van zorgaanbieders en zorgvragers landelijke commissies opgericht. Zie voor meer informatie: <www.bbvz.nl>.

1010 *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 041, nr. 5, p. 22.

het grondwettelijke recht van vereniging onder het beperkingscriterium 'openbare orde' kon worden geschaard.

Medezeggenschap op grond van de WMCZ is vooral gericht op meeweten en meespreken. Adviserende bevoegdheden over zaken die bij uitstek aan de identiteit raken, vallen niet onder het verzwwaard adviesrecht, dat voor een aantal zaken geldt. Relevantie voor de identiteit heeft verder het recht van de cliëntenraad van bindende voordracht met betrekking tot de benoeming van in ieder geval één bestuurslid. Een tendensinstelling kan in overleg treden met de cliëntenraad om van dat recht af te zien. Bij de opzet van de WMCZ is de bevoegdheid tot identiteitsbescherming een gegeven. Een mogelijkheid om de identiteit stevig te verankeren, is het instellen van een adviesraad met statutair vastgelegde bevoegdheden, waarvan het doel en de samenstelling aan identiteit zijn gerelateerd.

5.6 Collectieve actie

5.6.1 Inleiding

Als onderhandelingen over collectieve arbeidsvoorwaarden of medezeggenschap niet in arrangementen resulteren waarin werkgever en werknemers zich kunnen vinden, kan zich een conflictsituatie voordoen. Collectieve actie of het dreigen ermee is het sluitstuk van een stelsel van arbeidsverhoudingen waarin organisaties van werknemers en werkgevers in vrijheid over arbeidsvoorwaarden kunnen onderhandelen. Deze paragraaf bespreekt de acceptatie van het actierecht en de betekenis van dit gegeven voor de tendensinstelling.

5.6.2 Acceptatie van het actierecht

In de loop van de jaren heeft collectieve actie in Nederland een geaccepteerde plaats gekregen binnen de arbeidsvoorwaardenvorming. Het stakingsrecht is niet vastgelegd in wetgeving.¹⁰¹¹ De belangrijkste rechtsbron is het ESH.¹⁰¹² Werknemers en werkgevers hebben het recht op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten CAO's (art. 6 lid 4 ESH).¹⁰¹³ Het recht op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen moet in samenhang worden gezien met de limitatieve beperkingsgronden van art. 6 ESH.¹⁰¹⁴ Actiemethoden moeten zo worden ingericht, dat ze aan het toetsingskader voldoen dat door middel van rechterlijke uitspraken is ontwikkeld.¹⁰¹⁵ Het ontbreken van een uitgewerkt wettelijk

¹⁰¹¹ Loonstra & Zondag 2010, p. 261.

¹⁰¹² Jaspers 2004, p. 21.

¹⁰¹³ *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 941, nr. 3, p. 13.

¹⁰¹⁴ Jaspers 2004, p. 135, 139.

¹⁰¹⁵ HR 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (Panhonlibco). HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688 (NS).

kader kan worden herleid tot het inzicht dat bij collectieve actie andere dan louter juridische factoren uiteindelijk medebepalen hoe partijen tot een vergelijk zullen komen.¹⁰¹⁶

Voor de tendensinstelling is het recht op collectieve actie een feitelijk gegeven.¹⁰¹⁷ Afgezien van het feitelijke gegeven dat staken een uiterste middel is, kan staken vanuit de grondslag van een tendensinstelling mogelijk als onverenigbaar met de identiteit worden beschouwd. Staken kan in strijd worden geacht met de eenheid van de arbeidsorganisatie en het gezag dat aan de werkgever toekomt. De geschiedenis van het stakingsrecht laat zien dat orthodox-protestantse kringen moeite hadden het stakingsrecht in overeenstemming te brengen met hun visie op verantwoorde gezagsverhoudingen.¹⁰¹⁸ In 1891 sprak het 'Eerste Christelijk Sociaal Congres' in een resolutie uit dat het recht van werkstaking mits nooit gebruikt als politiek instrument of als moedwillige contractbreuk, geenszins kan worden ontkend.¹⁰¹⁹ Het is de eis van het christelijk geweten van dit recht geen gebruik te maken voordat de overtuiging is verkregen dat alle andere middelen zijn uitgeput.¹⁰²⁰

Deze lijn van staking als uiterste middel is in de christelijke sociale traditie tamelijk richtinggevend geworden.¹⁰²¹ De Reformatorisch Maatschappelijke Unie (RMU), die als 'vakorganisatie' de belangen van zowel werkgevers en werknemers beoogt te behartigen, huldigt de beslist afwijzende houding echter nog altijd.¹⁰²² Een krachtig afwijzing van staken voert op de veronderstelling terug dat staken in strijd is met de Goddelijke opdracht tot de arbeid. In deze optiek betekent het negeren van het gezag van de werkgever opstand tegen God en de naaste.¹⁰²³

5.6.3 Alternatief voor staken

Een tendensinstelling waarvan de grondslag onverenigbaar is met collectieve actie, kan het ultimatum remedium-karakter accentueren. Een vergaande methode zou kunnen zijn: het recht op collectieve actie te beperken door het opnemen van een 'vredesplichtbepaling' in de CAO. Reeds in 1985 constateert Douma dat zulke afspraken nauwelijks voorkomen.¹⁰²⁴ Het valt bovendien te betwijfelen of een dergelijke ongeclausuleerde bepaling niet in strijd zou zijn met de beperkingsvoorwaar-

1016 Rood 2000, p. 110.

1017 Het Nederlandse stakingsrecht kent geen uitzondering die op art. 21 lid 4 bijlage ESH terugvoert.

1018 In 1887 beantwoordde de in 1876 opgerichte christelijke vakbond Nederlandsch Werkliedenverbond Patrimonium de vraag of een werkstaking voor een christen is geoorloofd, nog ontkennend. Christelijke Encyclopaedie 1929, p. 269.

1019 Congres van 9 november 1891. Smeenk 1936, p. 81.

1020 Het gaat hier om een economische staking, gericht op een verbetering van de arbeidsvoorwaarden. Iedere politieke staking of solidariteitsstaking is onvoorwaardelijk af te keuren. Christelijke Encyclopaedie 1929, p. 269.

1021 Zie bijvoorbeeld: Douma 1985, p. 177. Westert pleit ervoor dat christelijke vakorganisaties het debat over de betekenis van het principiële stakingsstandpunt gezamenlijk nieuw leven inblazen. Westert 2006. Zie ook: Smeenk 1936, p. 86-101.

1022 De RMU is opgericht naar aanleiding van de onrust onder de ambtenaren in het najaar van 1983 en de als gevolg daarvan gevoerde acties. *Meer dan werk alleen* 2007, p. 7. *Geïnspireerd aan de slag* 2007, p. 6.

1023 Silfout 1985, p. 74. Zie ook: Nederbragt 1921.

1024 Douma 1985, p. 178.

den van art. G ESH.¹⁰²⁵ Wel kan het tendenskarakter de arbeidsorganisatie dusdanig sterk stempelen dat omstandigheden van dien aard dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd de arbeid voort te zetten, naar de mening van zowel de werkgever alsook van de werknemers een zeldzaamheid zullen blijven. Hieraan kan een doordacht identiteitsbeleid bijdragen.

Constructiever dan een verbod lijkt het zoeken naar een alternatief, zodat staken pas als ultimum remedium in zicht komt. Westert stelt dat in een welvaartssamenleving met een veelheid aan inspraak en medezeggenschap en een arsenaal aan middelen om geschillen te beslechten, het ethisch vaak nauwelijks doorzichtig is te maken waarom het machtsmiddel van de staking moet worden gebruikt.¹⁰²⁶ Een alternatief voor staken is het toepassen van mediation. Ook in geval van collectieve conflicten zou dit middel op ondernemingsniveau moeten kunnen worden aangewend.¹⁰²⁷

5.6.4 Conclusie

Anders dan het onderhandelen over collectieve arbeidsvoorwaarden en medezeggenschap is staken de consensus voorbij. Een notie die vanwege een godsdienstige gemotiveerde visie op gezagsverhoudingen in de identiteit van een tendensinstelling kan doorklinken, is het afwijzen van het stakingsrecht. Om te garanderen dat staken daadwerkelijk een ultimum remedium-karakter heeft, kan een tendensinstelling inzetten op een identiteitsbeleid dat de arbeidsorganisatie hiervan doordringt. In situaties waarin de verhoudingen alsnog op scherp komen te staan, kan mediation een optie zijn om tot een vergelijk te komen.

¹⁰²⁵ Uitgebreid: Boonstra 2011.

¹⁰²⁶ Westert 2006.

¹⁰²⁷ *Deelnemers gezocht!* 2008, p. 42. *Financieel Dagblad* 3 december 2007, 'Inzet nationale mediator goed voor arbeidsverhoudingen'.



Hoofdstuk 6

Geschilbeslechting

6.1 Inleiding

In Hoofdstuk 4 is het verloop van de individuele arbeidsovereenkomst besproken, waarop Hoofdstuk 5 de collectieve component van de arbeidsverhouding belichtte. Hoofdstuk 6 verlegt het accent naar een fase van verstoorde verhoudingen. De tendensinstelling kan ook dan de identiteit willen laten doorklinken. Het zo veel mogelijk zelf afdoen van geschillen kan daaraan een bijdrage leveren.¹⁰²⁸

Paragraaf 6.2 benoemt de hoofdvormen van alternatieve geschilbeslechting en de verhouding tot de burgerlijke rechter.¹⁰²⁹ Bijzondere aandacht is er voor arbitrage, bindend advies en mediation. Paragraaf 6.3 gaat vanuit deze basis dieper in op geschilbeslechting in de onderscheiden typen tendensinstellingen.

6.2 Alternatieve geschilbeslechting

6.2.1 Inleiding

Een arbeidsconflict kan dermate hoog oplopen dat werkgever en werknemer er samen niet meer uitkomen.¹⁰³⁰ Bij een conflict is een gang naar de rechter mogelijk. Andere varianten zijn denkbaar. Bij gereguleerde vormen van alternatieve geschilbeslechting gaat het in Nederland om drie hoofdstromingen, te weten arbitrage, bindend advies en mediation.¹⁰³¹ Het beslechten van geschillen vereist specifieke en professionele kennis van zaken van de context waarin het conflict zich voordoet. Andere voordelen zijn een snelle procesgang en minder formaliteiten. In sommige gevallen is sprake van lagere kosten, in andere gevallen is het proces meer gericht

¹⁰²⁸ Oldenhuis 2008, p. 11.

¹⁰²⁹ In dit verband klinkt veelvuldig de afkorting ADR, wat in het Engels staat voor 'alternative dispute resolution'. De afkorting kan desgewenst in het Nederlands worden uitgelegd als 'Anders Dan Rechtspraak'. Van der Werf & Venhuizen 2002, p. 34. Zie ook: Klijn 2005, p. 15.

¹⁰³⁰ Zie over de reikwijdte van het begrip conflict: *Stecr Werkwijzer Arbeidsconflicten*, versie 4, januari 2006. <www.stecr.nl> *Werkwijzer Arbeidsconflicten* 2006, p. 4.

¹⁰³¹ Om een indicatie te geven, in absolute cijfers gaat het om 2000 arbitrale vonnissen en 4000 uitspraken in bindend advies per jaar. Ter vergelijking, het aantal rechterlijke uitspraken bedraagt per jaar 55.000. Er bestaan tussenvormen als conciliatie en final offer arbitrage. Brenninkmeijer, Van Ewijk & Van der Werf 2002, p. 3 en 5.

op het bereiken van overeenstemming.¹⁰³² Nog een overweging kan zijn gelegen in het gegeven dat geschilbeslechting buiten de rechter om veelal niet in openbaarheid plaatsvindt.¹⁰³³

Geschilbeslechting in eigen kring kan als het sluitstuk van soevereiniteit in eigen kring worden beschouwd.¹⁰³⁴ Van der Net stelt over de achtergrond van kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs dat het opzetten van een alternatief stelsel voor beslechting van geschillen als noodzakelijk werd ervaren om de levensvatbaarheid en de weerbaarheid van de onderscheidene levensbeschouwelijke stromingen in de Nederlandse samenleving voldoende te waarborgen.¹⁰³⁵ Alternatieve geschilbeslechting betekent niet het streven naar een van het Nederlands recht afwijkend rechtssysteem, zoals de sharia.¹⁰³⁶ Het gaat hier om het benutten van de mogelijkheid die het Nederlandse rechtssysteem als zodanig biedt geschillen buiten de rechterlijke macht om te beslechten.

Het individuele klachtrecht, arbitrage, bindend advies en mediation komen aan de orde. Dan krijgen de processuele waarborgen rond de alternatieve procesgang bespreking.

6.2.2 Hoofdvormen

Klachtrecht

Alvorens de hoofdvormen van alternatieve geschilbeslechting te bespreken, is er aandacht voor het individueel klachtrecht. Om te voorkomen dat binnen een arbeidsorganisatie een geschil dermate hoog oploopt dat een specifieke vorm van geschilbeslechting nodig wordt, kan een interne procedure klachten kanaliseren. Deze voorfase is geen vrijblijvende optie, maar een fundamenteel recht van de individuele werknemer. Klachtrecht wordt vaak in gevallen van psychosociale arbeidsbelasting gehanteerd (art. 1 lid 3 onder e Arbowet).¹⁰³⁷

De principiële erkenning van het klachtrecht vormt het hart van de regeling. Er moet sprake zijn van een antwoordplicht met inachtneming van een redelijke termijn. De werknemer heeft recht op bescherming tegen benadeling en ontslag, en recht op bijstand bij de indiening en de behandeling van de klacht.¹⁰³⁸ In de loop van de jaren zijn verschillende, vergeefse pogingen in het werk gesteld het klachtrecht een wettelijke basis te geven.¹⁰³⁹

1032 Jacobs (W.A.) 1998, p. 183-187.

1033 Santing-Wubs 2002, p. 116.

1034 Zie ook: Procureur-Generaal Huydecoper in zijn conclusie inzake HR 9 december 2011, *NJ* 2011/602 (Zeewolde V).

1035 Van der Net 1977, p. 12.

1036 Zie voor een nuancering op de positie van islamitische rechtbanken: Besseling 2010, p. 2.

1037 Het gaat om factoren in de arbeidssituatie die stress teweegbrengen, zoals seksuele intimidatie, agressie en werkdruk. <<http://www.kzoadvocaten.nl/specialisaties/alternatieve-geschillenbehandeling>>.

1038 Klijn 2005, p. 16, 17.

1039 Wetsvoorstel inzake individueel klachtrecht. *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 514. Initiatiefvoorstel van wet tot wijziging van het WB in verband met de invoering van een klachtrecht voor de individuele werknemer. *Kamerstukken II*, 1999/00, 27 274. Zie uitgebreid over pogingen tot codificatie van het klachtrecht te komen: *Kamerstukken II*, 1999/00, 27 274, nr. 3, p. 3-9.

Arbitrage

De eerste te bespreken hoofdvorm van alternatieve geschilbeslechting is arbitrage. Partijen kunnen bij overeenkomst geschillen over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan aan arbitrage onderwerpen (art. 1020 lid 1 en 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; Rv).¹⁰⁴⁰ Arbiters beslissen 'naar de regelen des rechts', of 'als goede mannen naar billijkheid' indien de partijen daartoe zijn overeengekomen (art. 1054 lid 1 en 3 Rv). Als wettelijk geregelde vorm van geschilbeslechting ligt arbitrage het dichtst tegen gewone rechtspraak aan (art. 1020-1076 Rv).¹⁰⁴¹ In vergelijking met bindend advies en mediation is de arbitrageprocedure vrij formeel.¹⁰⁴²

Arbitrage komt voor in een breed spectrum aan geschillen, zoals over producten, in de bouw, in de gezondheidszorg en in de sport.¹⁰⁴³ Een voorbeeld in de sport is het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW).¹⁰⁴⁴ Ook kerkgenootschappen maken gebruik van arbitrage.¹⁰⁴⁵ De kosten van de procedure kunnen een belemmering vormen voor het in gang zetten van arbitrage, zelfs wanneer partijen met een arbitragebeding contractueel de gang naar de rechter hebben uitgesloten.¹⁰⁴⁶

Bij het niet bewandelen van het afgesproken arbitragetraject verklaart de burgerlijke rechter zich in beginsel onbevoegd (art. 1022 Rv).¹⁰⁴⁷ Tegen het arbitraal vonnis bestaat alleen een beroepsmogelijkheid wanneer partijen dat vooraf zijn overeengekomen. Mocht een van de partijen een vonnis aan de burgerlijke rechter ter vernietiging voorleggen, dan zal deze zeer terughoudend toetsen (art. 1064 Rv). Inhoudelijke toetsing vindt slechts plaats op grond van strijd met de openbare orde en goede zeden, zoals het schenden van fundamentele beginselen van procesrecht.¹⁰⁴⁸ De wetgever heeft de mogelijkheid van de aantasting van arbitrale vonnissen beperkt willen houden, juist ook om het beslechten van geschillen buiten de overheidsrechter om, alle ruimte te geven.¹⁰⁴⁹

Bindend advies

Wanneer partijen zelf niet tot een vergelijk kunnen komen, kunnen zij zich nog

1040 Uitgebreide informatie is te vinden bij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI): <www.nai-nl.org/>.

1041 Klijn 2005, p. 15.

1042 Santing-Wubs 2007, p. 19.

1043 Uitgebreid: Snijders 2007 en Snijders & Meijer 2002.

1044 HR 14 december 1973, NJ 1974/92 (Arbitrage). HR 22 november 1985, NJ 1986/275 (Bindend advies). Ook een geschil over de interpretatie van een clause in het arbeidscontract over tussentijdse ontbinding van het arbeidscontract leent zich voor arbitrage. Arbitragecommissie KNVB 2 januari 1996, nr. 546, JAR 1996, 81 (Spelbos/Vitesse).

1045 Zo heeft het kerkgenootschap Gereformeerde Gemeenten een Stichting Beslechting Geschillen. De stichting richt zich ook op het beslechten van geschillen in arbeidsovereenkomsten. *Reformatisch Dagblad* 2 juni 2000, 'Beslechting van geschillen door middel van arbitrage of bindend advies'.

1046 Anders dan bij rechtspraak moeten arbiters worden betaald. Er worden hogere administratiekosten gehanteerd, terwijl veelal uiteindelijk de werkelijke kosten in rekening worden gebracht.

1047 Heemskerk 2009, p. 223 en 235.

1048 Santing-Wubs 2009, p. 2, 3.

1049 Santing-Wubs 2009, p. 2.

neerleggen bij het oordeel van een door hen samen gekozen deskundige derde. Deze kan een bindend advies geven.¹⁰⁵⁰ Deze tweede hoofdvorm van alternatieve geschilbeslechting komt veel voor in consumentengeschillen.¹⁰⁵¹ Ook in het arbeidsrecht is bindend advies een bekend figuur. In de regel is bindend advies goedkoper dan arbitrage.

De procedure, die zich meer dan een eeuw buiten de wet om heeft ontwikkeld, is eenvoudiger en heeft minder waarborgen dan de uitvoerig in de wet geregelde arbitrage.¹⁰⁵² De partijen zijn contractueel gebonden aan het naleven van het bindend advies. Het bindend advies levert geen executoriale titel op. Een vervolgpprocedure voor de rechter is derhalve niet uitgesloten.

Het niet volgen van het afgesproken traject van bindend advies levert niet-ontvankelijkheid op bij de burgerlijke rechter. Indien een geschil over de nakoming aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd, zal deze het bindend advies marginaal toetsen.¹⁰⁵³ Indien gebondenheid aan een bindend advies in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar (art. 7:904 lid 1 BW). Naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, dient de beslissing van bindend adviseurs meer en beter te worden gemotiveerd.¹⁰⁵⁴ De rechter kan een bindend advies terzijde stellen indien deze tot het oordeel komt dat het advies dusdanig onjuist is dat geen redelijk handelend bindend adviseur tot dit oordeel had kunnen komen.¹⁰⁵⁵ Mede van belang is daarbij of en zo ja in welke mate een partij door een procedurefout schade is toegebracht.¹⁰⁵⁶

Mediation

De derde hoofdvorm van alternatieve geschilbeslechting is mediation.¹⁰⁵⁷ Het betreft een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige de onderhandelingen tussen partijen begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor eenieder optimale resultaten te komen.¹⁰⁵⁸ De mediator moet specifieke kennis hebben over de conflictsituatie en

1050 Het bindend advies kan worden gegeven om bijvoorbeeld een contract aan te vullen. In feite is er dan geen sprake van een geschil. Het bindend advies kan ook naar beslechting van een geschil tenderen. In dat geval is van een 'onzuiver' bindend advies sprake. In wezen is het advies in dat geval een vonnis van een particuliere rechter. Heemskerk 2009, p. 234.

1051 Van der Werf & Venhuizen 2002, p. 43.

1052 Heemskerk 2009, p. 233.

1053 Santing-Wubs 2007, p. 21.

1054 HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 (Gemeente Amsterdam/Honnebier).

1055 Heemskerk 2009, p. 233. HR 29 januari 1931, NJ 1931/1317 (Huize Lydia).

1056 HR 1 juli 1988, NJ 1988/1034 (Delta Lloyd/N).

1057 Uiterlijk 21 mei 2011 moest Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke zaken en handelszaken (Richtlijn mediation) in nationale wetgeving zijn geïmplementeerd.

1058 Brenninkmeijer e.a. 2005, p. 6. Op het eerste gezicht zou het in de rede liggen van conflictbemiddeling te spreken. Het Engelse begrip mediation duidt echter ook op een inhoudelijk verschil met bemiddeling. Een mediator heeft slechts de procesregie in handen, een bemiddelaar houdt zich zelf actief bezig met de inhoud van het conflict. Uitgebreide informatie bij het Nederlands Mediation Instituut (NMI): <<http://www.nmi-mediation.nl/>>. Mediation valt eerder te rangschikken als vorm van geschillenbehandeling dan als vorm van geschilbeslechting. Klijn 2005, p. 18, 63.

snel en gezagvol beslissingen kunnen nemen. Met name wanneer de belangenstelling tussen partijen kleiner is en/of het belang van de zaak beperkter, lijkt mediation een goede optie te kunnen vormen. In arbeidszaken is het niet ongebruikelijk dat de werkgever de kosten (goeddeels) draagt.¹⁰⁵⁹

Het proces gaat van start door het tekenen van een mediationovereenkomst door de partijen. Er wordt gekeken hoe het conflict in elkaar zit, welke belangen de partijen hebben en hoe de toekomst eruit moet zien. Alle uitgewisselde informatie blijft tussen de partijen en de bemiddelaar. De rechtspraktijk respecteert het uitgangspunt dat vertrouwelijkheid een belangrijke pijler van mediation is.¹⁰⁶⁰ Een goed verlopen proces eindigt met het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.

Mediation vindt steeds meer ingang, bijvoorbeeld in de gezondheidszorg, bij commerciële geschillen en bij persoonlijke conflicten.¹⁰⁶¹ Ook in de arbeidsrechtelijke praktijk heeft mediation een zekere plaats veroverd.¹⁰⁶² Voordelen zijn vrijwillige deelname, de mogelijkheid zelf het procesverloop te bepalen, het besloten en vertrouwelijke karakter van mediation, de gerichtheid op wederzijds voordeel, mogelijk behoud van de werkbare relatie tussen partijen, alsmede besparing van kosten en tijd.¹⁰⁶³

Een in het oog springend nadeel van mediation is de kans op manipulatie door partijen van het proces en de onduidelijkheid over de positie van partijen na onverhoopte mislukking.¹⁰⁶⁴ Mediation is hoe dan ook geen optie indien gelijkwaardigheid tussen partijen ontbreekt en deze niet valt te verwezenlijken. Mogelijk ontbreekt verder een gezamenlijk toekomstig belang, kan een van de partijen zichzelf niet adequaat laten vertegenwoordigen, of bestaat de behoefte aan een (principiële) gerechtelijke uitspraak.¹⁰⁶⁵

Iedere partij heeft het recht zich op ieder gewenst tijdstip uit de procedure terug te trekken. Ook het niet nakomen van een overeengekomen mediation staat in beginsel niet aan de bevoegdheid van de rechter in de weg en hoeft niet tot niet-ontvankelijkheid te leiden.¹⁰⁶⁶ De rechter kan het resultaat van een mediationstraject vol toetsen.¹⁰⁶⁷

1059 Pel (J.) 2007, p. 27.

1060 De vertrouwelijkheid zal in het algemeen wel goed moeten worden besproken. Pel (J.) 2007, p. 25. HR 10 april 2009, NJ 2010/471 (m.n. Klaassen) (Verschoningsrecht mediator).

1061 Het aantal uitgevoerde en bij het NMI gemelde mediations kent een stijging van 329 in 1998 tot 5127 in 2005. Vanaf 2002 lijkt de snelle toename wat af te vlakken.

1062 Pel (J.) 2007, p. 7. Ktr. Haarlem 3 februari 2009, JIN 2009/180 (Weigeren mediation).

1063 Klijn 2005, p. 25.

1064 Pel (J.) 2007, p. 52, 53.

1065 Klijn 2005, p. 60.

1066 Klijn 2005, p. 47.

1067 Santing-Wubs 2007, p. 25. Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, NJ 2003/87 (Geen plicht tot mediation). HR 20 januari 2006, NJ 2006/75 (Geen plicht tot mediation).

6.2.3 Processuele waarborgen

Toegang tot de burgerlijke rechter

Niemand kan van de rechter die de wet hem toekent, worden afgehouden (art. 17 GW). De mogelijkheid door alternatieve geschilbeslechting afstand te doen van het recht op toegang tot de burgerlijke rechter dient ondubbelzinnig en vrijwillig te geschieden.¹⁰⁶⁸

In de praktijk zijn veel werknemers onbewust aan procedures als arbitrage en bindend advies gebonden. Driekwart van de bedrijfstak-CAO's bevat een alternatieve geschillenregeling.¹⁰⁶⁹ In veel gevallen kunnen de werknemers die hieronder vallen, zich met hun geschil niet meer (in volle omvang) tot de burgerlijke rechter wenden. De betreffende CAO-regelingen zijn vaak onduidelijk geformuleerd. Lang niet altijd is duidelijk welke vorm van geschilbeslechting het betreft. Vaak is ook niet duidelijk hoe de bevoegdheid van de geschillencommissie zich tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter verhoudt.¹⁰⁷⁰

Uit de rechtspraak blijkt dat instemming met arbitrage al snel wordt aangenomen. Zo is een arbitraal beding uit een CAO ook van toepassing op een niet gebonden werknemer voor wie is overeengekomen dat de betreffende CAO op diens arbeidsverhouding van toepassing is zonder dat van een uitdrukkelijk op het arbitraal beding gerichte verklaring jegens de werkgever sprake is.¹⁰⁷¹ Het grondrecht van de vrije keuze voor een bij wet ingesteld gerecht is echter niet vatbaar voor impliciete beperking uit hoofde van godsdienst. Ook al zou juist zijn dat een godsdienst die partijen aanhangen, behelst dat zij hun geschillen door een andere dan de burgerlijke rechter zullen laten beoordelen, dan nog levert dit niet een in rechte afdwingbare verplichting tot arbitrage op.¹⁰⁷²

Hoewel mediation niet wettelijk is geregeld en op basis van vrijwilligheid geschiedt, is het in arbeidsconflicten veelal geen vrijblijvende zaak.¹⁰⁷³ Onder bepaalde

1068 Smits 1996, p. 79.

1069 Loonstra & Van der Voet 2007.

1070 Van der Voet vindt dat op het moment dat zich een geschil met zijn werkgever voordoet, de werknemer de mogelijkheid moet worden gelaten tussen de overheidsrechter of de geschillencommissie uit de CAO te kiezen. Van der Voet 2009a, p. 28. De vragen rond het parallel lopen van verschillende rechtsgangen zijn niet uniek voor alternatieve geschilbeslechting. Uit onderzoek van Universiteit Leiden naar wettelijk niet-hiërarchisch tuchtrecht blijkt dat veel klachten zowel bij de tuchtrechter als bij andere instanties kunnen worden ingediend. Dit leidt tot de ongewenste situatie dat een en dezelfde klacht in twee gremia tegelijk kan worden beoordeeld. Kleiboer & Huls 2001, p. 289, 290.

1071 HR 17 januari 2003, NJ 2004/280, JAR 2003/40 (m.n. Thierry) (ABN AMRO/Teisman).

1072 Rb. Amsterdam 16 maart 1994, NJ 1995/701 (Rabbinaal Tribunaal).

1073 Als rechtsregel geldt dat werkgever en werknemer jegens elkaar zijn gehouden te zoeken naar mogelijke oplossingen voor een tussen hen gerezen conflict. Mediation kan daarvoor de aangewezen methodiek zijn. Pel (J.) 2007, p. 83, 84. Van der Werf & Venhuizen wijzen in dit verband op het gewicht van de beantwoording van de vraag of partijen uitdrukkelijk een overeenkomst tot mediation hebben gesloten. Van der Werf & Venhuizen 2002, p. 84. Santing-Wubs acht verplichte mediation in strijd met de kenmerkende vrijwilligheid van deze vorm van geschilbehandeling. Santing-Wubs 2007, p. 76.

omstandigheden heeft de rechter de taak op mediation te wijzen.¹⁰⁷⁴ Steeds vaker ook verbindt de rechter consequenties aan het mislukken of niet meewerken aan mediation.¹⁰⁷⁵

Beginselen van procesrecht

Met de keuze voor alternatieve geschilbeslechting doen partijen in beginsel afstand van de processuele waarborgen van art. 6 EVRM.¹⁰⁷⁶ Niet steeds zijn alle fundamentele beginselen van het burgerlijk procesrecht onverkort van toepassing. Doeltreffendheid krijgt voorrang boven procedurele waarborgen.¹⁰⁷⁷ Niettemin zijn er bepaalde fundamentele beginselen die zich dusdanig opdringen dat niet spoedig mag worden aangenomen dat de justitiabele er afstand van doet.¹⁰⁷⁸ Zo acht Santing-Wubs ten aanzien van de kerkelijke rechtsgang zeker de beginselen van een eerlijke behandeling, een redelijke termijn en onpartijdigheid zo wezenlijk, dat deze in ieder geval in acht dienen te worden genomen.¹⁰⁷⁹ Daartoe behoren hoor en wederhoor, gelijke proceskansen en het motiveringsvereiste. Het lijkt een redelijke veronderstelling dat deze aanname zich tot vormen van geschilbeslechting in de overige tendensinstellingen uitstrekt.

Naar aanleiding van een onderzoek naar alternatieve geschillenprocedures in CAO's signaleert Van der Voet een aantal zwakke plekken.¹⁰⁸⁰ De veelal paritaire samenstelling van de geschillencommissie doet onvoldoende recht aan het beginsel van een onpartijdige en onafhankelijke samenstelling ervan. De kwaliteit van de procedureregels loopt sterk uiteen en heeft in veel gevallen zelfs een bedenkelijk niveau. Omdat lang niet altijd een jurist in de geschillencommissie is vertegenwoordigd, bestaat het gevaar dat de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer wordt uitgehold.

6.2.4 Conclusie

Alternatieve geschilbeslechting kan worden beschouwd als het sluitstuk van soevereiniteit in eigen kring. De vormen van alternatieve geschilbeslechting die in de

1074 Doorverwijzing vindt plaats door de juridische loketten, die deels de taken van de vroegere bureaus rechtshulp hebben overgenomen. *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 9. Na diverse projecten heeft de inister van Justitie tot een geïnstitutionaliseerde vorm van verwijzing naar mediation besloten. *Kamerstukken II*, 1999/00, 26 352, nr. 19. Rechteren doen een voorstel tot mediation vaak vanuit de inschatting dat een gerechtelijke uitspraak het probleem niet oplost, of als de partijen in het conflict (ook) in de toekomst met elkaar door één deur moeten kunnen. Bij raadslieden en andere juridische adviseurs is met name tijdswinst een motief. *Mediation naast rechtspraak* 2009, p. 45.

1075 Sponselee 2007, p. 29. Ktr. Maastricht 28 mei 2004, *JAR* 2004/155 (Geweigerde mediation).

1076 Santing-Wubs 2007, p. 67.

1077 Jacobs (W.A.) 1998, p. 84.

1078 Santing-Wubs 2007, p. 68, p. 133. Zie ook Oldenhuis & Santing-Wubs, p. 547.

1079 Het in acht nemen van fundamentele beginselen van procesrecht hoeft geen vanzelfsprekendheid te zijn. In het *Reformatorisch Dagblad* laat een lid van het kerkgenootschap Gereformeerde Gemeenten weten: 'Het is zorgelijk dat het kerkrechtelijk handboekje van de Gereformeerde Gemeenten, "In Orde", ertoe neigt om algemene rechtsbeginselen te relativiseren in plaats van ze maximaal toe te passen'. *Reformatorisch Dagblad* 17 september 2007, 'Kerkelijke weg verhinderend voor onderling gesprek'.

1080 Van der Voet 2009a, p. 28.

Nederlandse praktijk in het oog springen, zijn arbitrage, bindend advies en mediation. Voor de tendensinstelling is het aantrekkelijke van geschilbeslechting in eigen kring gelegen in de gedachte dat de door de eigen identiteit gekleurde arbeidsorganisatie een context kan bieden waarbinnen het geschil aan de orde komt, hetzij door procedurele waarborgen (zoals bij bindend advies, nog meer bij arbitrage), hetzij door persoonlijke kennis en kunde (zoals bij de mediator).

De tendensinstelling mag niet van een impliciete gebondenheid van de werknemer aan een procedure van alternatieve geschilbeslechting uitgaan. De keuze voor een eigen procedure als voorportaal van of als alternatief voor de burgerlijke rechter moet vrijwillig geschieden en ondubbelzinnig zijn vastgelegd. De fundamentele beginselen van het burgerlijk procesrecht zijn in beginsel van toepassing, maar het is mogelijk daarvan af te wijken. Hoe beter de processuele waarborgen zijn geregeld en toepassing krijgen, hoe terughoudender de toetsing door de burgerlijke rechter. Uiteindelijk heeft de burgerlijke rechter wel het laatste woord.

6.3 Geschilbeslechting in eigen kring

6.3.1 Inleiding

Kerkgenootschappen en instellingen van bijzonder onderwijs kennen interne procedures om geschillen te beslechten of op te lossen. Veelal is sprake van bindend advies. Arbitrage komt weinig voor. Onbenoemde tendensinstellingen hebben geen geïnstitutionaliseerde vormen van interne conflictbeslechting. Belangstelling voor alternatieve geschilbeslechting moet vooral in de sfeer van mediation worden gezocht. In lijn met landelijke ontwikkelingen is denkbaar dat mediation een grotere rol zal gaan spelen. Als voorbeeld kan worden genoemd de oprichting van een samenwerkingsverband van een aantal mediators met een reformatoische achtergrond.¹⁰⁸¹ Hierna wordt verder ingegaan op geschilbeslechting bij het kerkgenootschap en bij de instelling van bijzonder onderwijs.

6.3.2 Kerkgenootschap

Kerkgenootschappen mogen hun interne organisatie in beginsel naar eigen inzicht regelen. Ook bij conflicten over zaken die de interne arbeidsorganisatie betreffen, is dat het geval. Kerkelijke rechtspraak maakt organisch deel uit van kerkelijk recht.¹⁰⁸²

¹⁰⁸¹ Veel conflicten komen uit onenigheid tussen werkgever en werknemer voort, wat het in reformatoische kring voorgestane model van Bijbelse gezagsverhouding onder druk zet. DRS Magazine 2006 (nr. 9), 'Als mediation slaagt, zijn er alleen maar winnaars'. Refomediation beschikt over een landelijk netwerk van reformatoische mediators, werkend onder de NMI-voorwaarden. <<http://www.refomediation.nl/>>.

¹⁰⁸² Zie bijvoorbeeld Deddens 1954/1954, p. 199 e.v., 327. <<http://www.kerkrecht.nl/main.asp?pagetype=onderdeel&item=159&subitem=5697&page=>>. <<http://www.kerkrecht.nl/main.asp?pagetype=onderdeel&item=159&subitem=5712&page=>>.

Er bestaat een uiteenlopend stelsel van kerkelijke rechtsgangen. Het beslechten van geschillen vindt overwegend plaats met de aanduiding besluit of bindend advies.¹⁰⁸³ Het aanmerken van de kerkelijke rechtsgang als arbitrage komt daarentegen weinig voor.¹⁰⁸⁴ Een teveel aan dwingendrechtelijke regels geeft een mogelijke verklaring. Daardoor zouden kerkgenootschappen wellicht minder hun eigen invulling aan de interne rechtsgang kunnen geven. Santing-Wubs noemt deze angst begrijpelijk, maar niet helemaal gerechtvaardigd. De wettelijke regeling van arbitrage biedt wel degelijk ruimte de procedure voor een deel zelf in te vullen.¹⁰⁸⁵

Behalve de regelingen loopt ook het soort geschillen uiteen. Doorgaans hebben ze gemeen dat het om zaken gaat die met kerk of geloof samenhangen. Met het oog op de zeer uiteenlopende aard van twistpunten op het kerkelijk erf constateert Oldenhuis dat kerkleden in dat opzicht kinderen van hun tijd blijken te zijn.¹⁰⁸⁶ Bij het beslechten van al die twistpunten ziet het ene kerkgenootschap meer ruimte voor zichzelf dan het andere.¹⁰⁸⁷ De burgerlijke rechter stelt zich tot nu toe voorzichtig op.¹⁰⁸⁸

Met regelmaat rijst de vraag of het doorlopen van een kerkelijke rechtsgang kan worden verplicht, met uitsluiting van een beroep op de burgerlijke rechter. Als uitgangspunt geldt dat de eiser bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk is wanneer er, ter beëindiging van een geschil, een interne kerkelijke rechtsgang bestaat die voldoende waarborgen biedt en de kerk zich bij het volgen hiervan aan de eigen regels heeft gehouden.¹⁰⁸⁹ Wanneer de burgerlijke rechter zich bevoegd en eiser ontvankelijk acht in een geschil waarin eerst een verplichte en deugdelijke interne kerkelijke procedure is doorlopen, leidt dat niet bij wijze van automatisme tot het overhevelen van het geschil. Het gaat om een toetsing van de uitspraak van de kerkelijke rechter, niet om een heropening van de zaak.¹⁰⁹⁰ De burgerlijke rechter zal in ieder geval nagaan of bij de besluitvorming conform het kerkelijk statuut is gehandeld.¹⁰⁹¹ Uit de jurisprudentie volgt verder een toetsing van het bestreden besluit aan dwingend recht en de normen van redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁹² Zoals uit de bespreking zal blijken, legt verder de deugdelijkheid van de procedure veel gewicht in de schaal.

Het gewicht dat de rechter in beginsel toekent aan een interne kerkelijke rechtsgang spreekt duidelijk uit een uitspraak in hoger beroep in een procedure van een

1083 Santing-Wubs 2002, p. 172, 173. Een voorbeeld van bindend advies is te vinden in Ktr. Leeuwarden 19 oktober 2006, JAR 2006/274 (Bisschoppelijk Scheidsgerecht).

1084 Voorbeelden van arbitrage zijn de Bond van Vrije Evangelische Gemeenten in Nederland (art. 15 Statuut jo. art. 18 Huishoudelijk Reglement) en het Nederlands Israëlitisch Kerkgenootschap (Reglement nr. 159, art. 57 jo. Verordening 93).

1085 Santing-Wubs 2009, p. 2.

1086 Oldenhuis 2004, p. 176.

1087 Santing-Wubs 2002, p. 89.

1088 Koffeman 2004, p. 332.

1089 Santing-Wubs 2002, p. 104.

1090 Een andere mogelijkheid van beroep op de burgerlijke rechter is de situatie waarin een van de partijen zich niet aan de uitspraak van de kerkelijke rechter houdt.

1091 Van belang is bijvoorbeeld de bevoegdheid van het kerkelijke orgaan om bepaalde besluiten te nemen. Zie ook Slump 1997, p. 85.

1092 De toetsing aan het statuut betreft een standaardprocedure. Santing-Wubs 2002, p. 196.

aantal plaatselijke hervormde gemeenten tegen het landelijke kerkgenootschap Nederlandse Hervormde Kerk. Aan de orde komt de vraag of de generale synode bevoegd is regels te stellen die direct in de vermogensrechtelijke positie van de gemeenten ingrijpen. Voor de beslechting van het geschil voorziet de kerkelijke procedure in een behandeling door een interne commissie voor behandeling van bezwaren en geschillen (ordinantie 19, art. XXIV Hervormde Kerkorde). De betreffende hervormde gemeenten wendden zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter. Onmiskenbaar gaat het in deze kwestie behalve om civielrechtelijke aspecten (de vermogensrechtelijke status van de gemeenten) ook om kerkrechtelijke verhoudingen (de positie van de plaatselijke gemeenten ten opzichte van de landelijke kerk en de bevoegdheden van de synode). Anders dan de rechtbank Den Haag oordeelt het hof Den Haag dat de aard van het geschil meebrengt dat het de gemeenten in dit geval niet vrijstaat zich buiten de interne, voor de landelijke kerk geldende geschillenregeling om rechtstreeks tot de burgerlijke rechter te wenden.¹⁰⁹³ De stelling van de hervormde gemeenten dat zij tegen hun wil worden afgehouden van de rechter die de wet hen toekent, vindt geen gehoor. Na het volgen van de interne rechtsgang bestaat de mogelijkheid alsnog naar de burgerlijke rechter te gaan. De interne kerkelijke procedure staat volgens het hof evenmin op gespannen voet met art. 6 EVRM. De verplichting tot het volgen van een kerkelijke rechtsgang moet wel duidelijk blijken, terwijl de rechtsgang deugdelijk moet zijn. Met betrekking tot de gebondenheid van de partijen aan de uitspraak in de kerkelijke procedure is verder van belang dat de Hoge Raad in cassatie zwaar gewicht toekent aan het karakter dat de kerk zelf ondubbelzinnig aan de procedure toekent.¹⁰⁹⁴ Analoge toepassing van art. 7:904 lid 1 BW (vaststellingsovereenkomst) in een zaak als onderhavige, waarin een rechter een beslissing toetst die een kerkgenootschap krachtens eigen bevoegdheid heeft genomen, geeft volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid zijn hiermee de toetssteen voor de gebondenheid.¹⁰⁹⁵

Voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter is de aard van de rechtsvordering bepalend, niet de werkelijke rechtsverhouding tussen partijen. Art. 112 lid 1 GW verklaart de burgerlijke rechter bij geschillen over burgerlijke rechten en schuldverordeningen bevoegd.¹⁰⁹⁶ Conform dit uitgangspunt motiveert het hof Arnhem in hoger beroep in de zaak van de Christelijke Gereformeerde Kerk te Zeewolde (CGK Zeewolde) en de classis waaronder deze gemeente valt, tegen ds. De Boer dat de scheiding tussen kerk en staat, ook in rechtsverhoudingen tussen een kerkgenootschap en individuen daarbinnen, niet zover gaat dat de gang naar de burgerlijke rechter per definitie is gesloten. Dat zou in strijd zijn met de grondrechtelijke waarborgen van art. 17 en 112 GW en in art. 6 EVRM. Het recht op godsdienstvrijheid stelt voor leden

1093 Rb. Den Haag 29 november 1995, 92/6878 (Aarlanderveen I). Hof Den Haag 18 september 1997, *NJkort* 1997/76 (Aarlanderveen II).

1094 Dit laat onverlet dat de regels van het burgerlijk recht doorslaggevend zijn voor de kwestie of volledige toetsing van het resultaat van kerkelijke procedures al dan niet mogelijk is. HR 19 december 2003, *NJ* 2004/559 (Aarlanderveen III).

1095 Een uitgebreide motivering voor terughoudendheid door de burgerlijke rechter, zowel met betrekking tot het volgen van de kerkelijke procedure als ten aanzien van de gebondenheid aan de uitkomst ervan voor de partijen, geeft Procureur-Generaal Huydecoper in zijn conclusie inzake HR 9 december 2011, *NJ* 2011/602 (Zeewolde V).

1096 Rb. Assen 19 mei 2004, *JAR* 15 oktober 2004/14 (Interne kerkelijke rechtsgang).

van kerkgenootschappen andere grondrechten niet zonder meer buiten werking.¹⁰⁹⁷

Subsidiair naast de bevoegdheidsvraag stellen de CGK Zeewolde en de classis dat ds. De Boer in zijn vordering bij de burgerlijke rechter niet ontvankelijk is. In de onderhavige zaak is het kerkelijke recht, zoals in de kerkorde neergelegd, van toepassing. Deze voorziet volgens de CGK Zeewolde en de classis in een interne, met voldoende waarborgen omklede, kerkelijke rechtsgang inclusief appelmogelijkheid die de predikant had moeten volgen, al zou hij het hebben gedaan alvorens zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Ds. De Boer was hiertoe verplicht op grond van zijn geloofsbelijdenis en het door hem ondertekende 'Ondertekeningsformulier voor dienaren des Woords'. Nu hij de kerkelijke rechtsgang niet geheel heeft benut, maar zijn appels bij de generale synode tegen de schorsingsbesluiten daarentegen heeft ingetrokken en ook geen appel tegen het afzettingsbesluit heeft ingesteld, hebben de betreffende kerkelijke besluiten inmiddels formele rechtskracht gekregen. Daarmee is iedere weg naar de burgerlijke rechter afgesloten. Daartegenover stelt ds. De Boer dat het primaat van en de binding aan de kerkorde nimmer kan leiden tot het uitschakelen van de burgerlijke rechter. Een dergelijke overeenkomst zou nietig zijn, zou deze al bestaan. Uit de kerkorde zelf valt bovendien niet af te leiden dat eerst de volledige kerkelijke rechtsgang moet worden gevolgd, alvorens de burgerlijke rechter in zicht komt. Verder regelt de kerkorde niets over rechtsverhouding en vermogensrechtelijke zaken. Daarbij komt dat de kerkelijke rechtsgang niet met fundamentele waarborgen is omkleed, terwijl in de gevolgde procedures fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden. Met de grondwettelijke procesuele waarborgen als vertrekpunt, vraagt het hof Arnhem zich af of in dit concrete geval sprake van een wettelijke of bij overeenkomst wettelijk toegestane uitzondering kan zijn. In het licht van de positie van de predikant en de kerkelijke regels die op hem van toepassing zijn, hanteert het hof het volgen van de interne kerkelijke rechtsgang als uitgangspunt.¹⁰⁹⁸

'Wanneer de geschilbeslechting is opgedragen aan de kerkelijke rechter, dienen de partijen bij een geschil dat zowel kerkrechtelijke als civielrechtelijke aspecten heeft in beginsel deze rechtsgang te volgen. Indien zij niet eerst deze rechtsgang volgen, zijn zij in hun vordering bij de burgerlijke rechter in beginsel niet ontvankelijk. Dat is echter anders wanneer zwaarwegende omstandigheden maken dat dit in redelijkheid niet van de rechtzoekende gevergd kan worden. Dergelijke omstandigheden kunnen zijn dat het statuut voor het betreffende geschil geen voorschriften bevat, of indien de kerkelijke rechtsgang niet voldoet aan fundamentele beginselen van procesrecht.'

In het midden blijft of ondubbelzinnig moet blijken dat de kerkelijke rechter de beoordeling of de geschilbeslechting is opgedragen.¹⁰⁹⁹

Een inhoudelijke bestudering van de kerkelijke rechtsgang moet inzicht bieden in de vraag of in de betreffende rechtsgang sprake is van schending van de algeme-

1097 Hof Arnhem 19 januari 2010 LJN: BL0003 (Zeewolde IV).

1098 Hof Arnhem 24 juni 2008, LJN: BF3815 (Zeewolde III).

1099 Het criterium moet volgens Oldenhuis zijn dat binnen de kring waartoe partijen behoren, geen enkel misverstand bestaat over de te volgen beroepsgang. Oldenhuis 2008, p. 14.

ne beginselen van behoorlijk procesrecht die ook ten grondslag liggen aan de kerkorde, dan wel zodanige schending van algemene beginselen van behoorlijk procesrecht dat redelijkerwijs niet van de predikant kon worden gevergd dat hij (eerst) de kerkordelijk voorgeschreven rechtsgang volgde.¹¹⁰⁰ Achtereenvolgens benoemt het hof Arnhem verschillende aspecten van procesrecht, te weten hoor en wederhoor, inzage in de stukken, het horen van getuigen, onpartijdige rechtspraak (waaronder begrepen wraking), het beginsel ne bis in idem, berechting binnen een redelijke termijn, alsmede een redelijke en billijke behandeling. Het hof gaat uitgebreid na wat daarover in de kerkorde en andere kerkelijke regelingen (niet) is opgenomen.¹¹⁰¹

In het definitieve arrest stelt het hof Arnhem dat het kerkgenootschap erkent dat het kerkelijk recht aansluiting zoekt bij fundamentele rechtsbeginselen zoals onder meer in art. 6 EVRM neergelegd, en dat het aan dergelijke beginselen is gebonden. Over de toetsing of sprake is van schending van deze rechtsbeginselen stelt het hof dat terughoudendheid is geboden, gelet op de bijzondere eigen aard van de kerkelijke rechtsverhoudingen.¹¹⁰² Het moet een zodanige schending betreffen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn te vergen de kerkelijke rechtsgang te volgen.¹¹⁰³ De in acht te nemen terughoudendheid weerhoudt het hof er niet van na te gaan hoe de genoemde beginselen er in de procedure vanaf zijn gekomen.¹¹⁰⁴ In hun onderlinge samenhang bezien, komt het hof tot het oordeel dat geen sprake is van een zodanige schijn van partijdigheid dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn van de predikant te vergen de kerkelijke rechtsgang te volgen. Oldenhuis & Santing-Wubs trekken de conclusie dat het hof met deze afweging ruim baan geeft aan de invulling van de autonomie van kerkgenootschappen. Het gaat om een autonomie waarvan het burgerlijk recht nadrukkelijk de grenzen aangeeft.¹¹⁰⁵

1100 Zo oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Assen in een geschil tussen een voorganger en een kerkgenootschap dat onvoldoende is gebleken van een deugdelijke interne geschillenregeling, die tevens in een spoedvoorziening voorziet. Om die reden verwerpt de voorzieningenrechter de door het kerkgenootschap geëiste niet-ontvankelijkheid van de burgerlijke rechter in het geschil. Rb. Assen 19 mei 2004, *JAR* 15 oktober 2004/14 (Interne kerkelijke rechtsgang).

1101 Ten aanzien van de in totaal negen door de predikant ingediende appels bij de kerkelijke instanties merkt het hof op dat, doordat een deel van de desbetreffende stukken ontbreekt, niet eenvoudig en op overzichtelijke wijze in de overgelegde producties is terug te vinden, terwijl niet duidelijk is tot welke eventuele behandeling en beslissingen ze hebben geleid. Zondag merkt overigens op dat de toelichting waarop het hof zich voor de uitleg van de kerkorde van de Christelijke Gereformeerde Kerken baseert, onder het gezag van de generale synode van de Gereformeerde Gemeenten tot stand is gekomen. *Reformatisch Dagblad* 9 oktober 2008, 'Positie Dordtse Kerkorde in het geding'.

1102 Zondag stelt dat vanwege de eigen karakteristieken van het kerkrecht en de kerkelijke procedures de meetlat van het EVRM meer in de geest dan naar de letter zal moeten worden toegepast. Zondag 2011, p. 58.

1103 Hof Arnhem 19 januari 2010 LJN: BL0003 (Zeevolde IV). Het Hof Arnhem verklaart in een arrest van 19 januari 2010, rolnummer 104.001.028, De Boer niet-ontvankelijk in zijn vorderingen die erop zijn gebaseerd dat hij kennelijk onredelijk uit de dienstbetrekking die hij met de kerk had, is ontslagen. Dit arrest komt erop neer dat De Boer de kerkelijke rechtsgang ten einde had moeten doorlopen, alvorens zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Hiertegen gaat De Boer in cassatie. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, doordat het arrest van het Hof Arnhem in de hier besproken zaak over het volgen van de kerkelijke rechtsgang, met identieke rechtsoverwegingen en dictum, inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan. HR 9 december 2011, *NJ* 2011/602 (Zeevolde V).

1104 Het EHRM oordeelt wisselend over de toetsing door de burgerlijke rechter of de gevolgde kerkelijke procedure aan de vereisten van een eerlijk proces voldoet. De toets is aanwezig in EHRM 20 juli 2001, 30882/96 (Pellegrini/Italië), maar ontbreekt in EHRM 23 september 2008, 48907/99 (Ahtinen/Finland).

1105 Naar hun oordeel is het geen grote stap de autonomie tevens aanwezig te achten in de fase van de te sluiten overeenkomst, waarin onder meer de rechtspositie van de predikant vorm en inhoud krijgt. Oldenhuis & Santing-Wubs 2010, p. 547, 548.

6.3.3 Instelling van bijzonder onderwijs

Commissie van beroep

In het bijzonder onderwijs is geschilbeslechting in eigen kring een vast gegeven. Sinds het begin van de twintigste eeuw vervullen de commissies van beroep die functie. Voor de invoering ervan kende het openbaar onderwijs een voor die tijd redelijk afdoende vorm van rechtsbescherming tegen ontslag, in de vorm van preventief toezicht door het college van Gedeputeerde Staten. Werknemers in het bijzonder onderwijs hadden geen vergelijkbare vorm van rechtsbescherming. Een bijkomende reden voor het invoeren van een aparte wettelijke regeling om het bijzonder onderwijs van een goede ontslagprocedure te voorzien, was de vrijheid van onderwijs.¹¹⁰⁶ De stap naar een geschilbeslechtende instantie uit eigen kring was in een sterk verzuilde samenleving waarschijnlijk eerder denkbaar voor de werknemer en diens omgeving, dan de stap naar de burgerlijke rechter.¹¹⁰⁷

Behalve in het lager onderwijs kennen ook verschillende vormen van het voortgezet onderwijs een commissie van beroep. De werkingssfeer is van uitsluitend de leerkrachten naar alle aan een instelling van bijzonder onderwijs verbonden werknemers uitgebreid. De commissie van beroep is een bekostigingsvoorwaarde. De overheid verstrekt financiële middelen onder toekenning waarvan de gesubsidieerde instelling van bijzonder onderwijs, met inachtneming van de vrijheid van onderwijs, aan bepaalde verplichtingen moet voldoen. Het niet naleven van de verplichtingen kan een bekostigingssanctie opleveren.¹¹⁰⁸ De CAO kan nadere regels stellen.¹¹⁰⁹

Status uitspraak en procedure

Het bevoegd gezag is aangesloten bij een commissie van beroep (art. 60 lid 1 Wet op het primair onderwijs).¹¹¹⁰ Het personeel kan beroep instellen tegen een aantal besluiten van het bevoegd gezag (art. 60 lid 2 WPO). Het bevoegd gezag onderwerpt zich aan de uitspraak van de commissie van beroep (art. 60 lid 3 WPO). De commissie van beroep dient het resultaat van die toetsing in een beslissing aan partijen voor te leggen. Hoofdregel is het gegrond of ongegrond verklaren van het beroep. De gebondenheid aan de uitspraak van de commissie van beroep is afhankelijk van

¹¹⁰⁶ De wettelijke regeling van de commissies van beroep gaat terug op de Wet van 3 juni 1905, *Stb.* 151, waarbij onder meer art. 54bis van de Wet tot regeling van het lager onderwijs werd gewijzigd. Zie ook: *Handelingen II*, 1904/05, p. 1365.

¹¹⁰⁷ Van der Net 1977, p. 42. Geschilbeslechting in eigen kring kan ook als wantrouwen tegenover de burgerlijke rechter als beslechter van levensbeschouwelijk getinte geschillen worden gezien. Beurskens 1991, p. 435.

¹¹⁰⁸ Primair onderwijs: art. 50 e.v. Wet op het primair onderwijs, voortgezet onderwijs: art. 52 e.v. Wet op het voortgezet onderwijs.

¹¹⁰⁹ Primair onderwijs: art. 12.1 CAO Primair Onderwijs 2009, voortgezet onderwijs: hoofdstuk 20 CAO Voortgezet Onderwijs 2008-2010.

¹¹¹⁰ Wet van 2 juli 1981, *Stb.* 486. Art. 4.7 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek bevat een soortgelijke regeling.

de vraag wat partijen zijn overeengekomen.¹¹¹¹ Over het rechtskarakter heeft de wetgever zich niet met zo veel woorden uitgesproken. In de praktijk worden de beslissingen van de commissie van beroep als bindend advies beschouwd en worden ze als zodanig behandeld.¹¹¹²

In het bijzonder in ontslagzaken luistert de juridische status van de uitspraken van de commissie van beroep nauw. Indien een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot de burgerlijke rechter wendt na door de commissie van beroep in het ongelijk te zijn gesteld, dient deze in de regel het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal te beoordelen. Dit is slechts anders indien de onderwijsinstelling en de leerkracht in de CAO of in de akte van benoeming zijn overeengekomen dat de beslissing van de commissie van beroep als bindend advies zal gelden. Jansen & Van de Laar gaan zover te stellen dat de kantonrechter vanwege het gesloten ontslagstelsel altijd een volledige toetsing zal moeten uitvoeren.¹¹¹³ Zo kan het voorkomen dat de commissie van beroep het beroep van de werknemer tegen het opzeggen van het dienstverband door het bevoegd gezag gegrond verklaart, terwijl het ontslagbesluit in stand blijft.¹¹¹⁴ Want hoewel de uitspraak van de commissie van beroep het bevoegd gezag bindt, ligt daarmee formeel nog niet vast dat het ontslagbesluit in strijd is met de wet of met de openbare orde, en daarmee nietig is.¹¹¹⁵ De wettelijke verplichting tot gebondenheid aan de commissie van beroep berust immers op een bekostigingsvoorwaarde, die strikt geredeneerd niet hoeft te worden opgevolgd.¹¹¹⁶ Om materieel rechtsgevolg aan de uitspraak van de commissie van beroep te verbinden, zal de werknemer daarom alsnog bij de kantonrechter moeten aankloppen, bijvoorbeeld om een eis tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW). Ongeacht de uitspraak van de commissie van beroep kunnen zowel de werknemer als het bevoegd gezag de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken (art. 7:685 lid 1 BW).

In de zaak van een ontslagen leerkracht aan een basisschool die zich niet aan het bindend advies van de commissie van beroep wilde houden, heeft de Hoge Raad over de vraag wanneer van een bindend advies sprake is, het baanbrekende arrest-Amghane gewezen.¹¹¹⁷ Een ontslagen leerkracht stelt zich op het standpunt dat noch uit de wet, noch uit de akten van benoeming, noch uit de daarin geïncorporeerde Overige Voorwaarden voortvloeit dat partijen zich aan een uitspraak van de com-

¹¹¹¹ Art. 13 lid 4 CAO voor het voortgezet onderwijs 2007-2008 meldt alleen dat de uitspraak voor de werkgever bindend is. Het akkoord van 26 april 2011 voor de CAO VO 2011-2012 laat het beroepsrecht ongewijzigd. Art. 12.1 lid 4 CAO Reformatorisch primair onderwijs 2009 merkt de procedure als bindend advies aan.

¹¹¹² Van der Net toont zich voorstander van de kwalificatie sui generis voor dit type geschilbeslechting. Van der Net 1977, p. 75. Volgens Beurskens betreft het een vorm van bindend advies. Arbitrage moet uitdrukkelijk als zodanig worden overeengekomen, waarvan geen sprake is in de aktes van benoeming en CAO's. Beurskens 1991, p. 442-444. Kastra wijst erop dat ook bindend advies een expliciete overeenkomst tussen partijen vereist. Kastra 1990, p. 62.

¹¹¹³ De praktijk van de rechtspraak laat een grote mate van verscheidenheid zien in de wijze waarop met ontbindingsverzoeken in het onderwijs wordt omgegaan. Jansen & Van de Laar 2010, p. 12.

¹¹¹⁴ Voorafgaande toestemming van UWV WERKbedrijf is niet nodig, vanwege de uitzondering in art. 2 lid 1 onder b BBA.

¹¹¹⁵ Voorzieningenrechter kantonrechter Lelystad 15 juni 2005, *RAR* 2005, 95 (Ontslag wegens boventalligheid).

¹¹¹⁶ Jansen & Van de Laar 2010, p. 10.

¹¹¹⁷ HR 31 mei 1996, *NJ* 1996/693, (Amghane/Commissie van beroep).

missie van beroep als bindend advies hebben onderworpen.¹¹¹⁸ Volgens Amghane is alleen de school aan die uitspraak gehouden en dient de burgerlijke rechter de gegeven uitspraak integraal en niet slechts marginaal te toetsen. Volgens de Hoge Raad kan uit de wetsgeschiedenis niet worden opgemaakt dat een leerkracht die zich tot een commissie van beroep wendt, in enig opzicht aan de beslissing van de commissie van beroep is gebonden. De opvatting dat er van een bindend advies sprake is, kan bij de huidige stand van rechtsontwikkeling niet worden geacht voldoende rechtsbescherming te bieden aan tegen hun wil ontslagen leerkrachten in het bijzonder onderwijs.¹¹¹⁹ Wel laat de wettelijke regeling ruimte voor de mogelijkheid dat het bevoegd gezag en een leerkracht expliciet overeenkomen dat de uitspraak van de commissie van beroep voor beide partijen als een bindend advies zal gelden. Het enkele feit dat de leerkracht zich vrijwillig tot de commissie van beroep wendt, is hiertoe onvoldoende. Het bestaan van de overeenkomst moet ondubbelzinnig blijken. De vraag of de burgerlijke rechter al dan niet marginaal toetst, hangt derhalve in de eerste plaats af van de uitdrukkelijk kenbare wens van partijen zich aan de uitkomst van de interne procedure gebonden te achten.

Uit een arrest van de Hoge Raad dat de bevestiging vormt van het voorgaande blijkt dat de leerkracht feitelijk zelfs niet eerst de interne beroepsgang hoeft te volgen, alvorens zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Tussen Bartels en de Hogeschool Brabant bestaat volgens de Hoge Raad niet de verplichting een arbeidsgeschil door middel van bindend advies door de commissie van beroep te laten beslissen.¹¹²⁰ Daarom is er geen reden aan te wijzen op grond waarvan de leraar zou zijn gehouden het geschil met de school, alvorens zich tot de burgerlijke rechter te wenden, eerst aan de commissie van beroep voor te leggen. De bekostigingsvoorwaarde van aansluiting bij een commissie van beroep is immers niet een ondubbelzinnige overeenkomst tussen partijen zich aan bindend advies te onderwerpen.¹¹²¹

Het arrest-Amghane geeft Slump aanleiding te betwijfelen of de Hoge Raad het standpunt zal delen dat de burgerlijke rechter zich in beginsel van een inhoudelijk oordeel zal onthouden indien en zolang een interne beroepsgang openstaat en dat de burgerlijke rechter de uitkomst van de interne rechtsgang vervolgens marginaal dient te toetsen.¹¹²² De kern van het arrest-Amghane is echter de rechtsvraag over de gebondenheid aan de uitkomst van interne rechtsgang die reeds is gevolgd. De toetsing staat in de eerste plaats in het licht van de afspraken tussen partijen.¹¹²³ De vraag naar het verplicht volgen van een interne rechtsgang wordt beantwoord in het arrest-Bartels. Hierin wordt bevestigd dat de afspraken tussen partijen voor de burgerlijke rechter het vertrekpunt vormen voor de inmenging in zowel de procedure

1118 Art. 16 Overige Voorwaarden zegt alleen dat de benoemde (dus: de leerkracht) in beroep kan komen bij de Commissie van Beroep.

1119 Het arrest geeft voedsel aan de veronderstelling dat de Hoge Raad niet erg gecharmeerd is van pseudo-rechtspraak en liefst alle gedingen door de overheidsrechter ziet beslist. Van den Heuvel 2002, p. 83.

1120 HR 9 november 2001, NJ 2001/692, JAR 2001/240, JOL 2001/658 (Bartels/Hogeschool Brabant).

1121 Hetzelfde heeft te gelden voor art. T-3 CAO, dat op dit punt een herhaling van art. 4.7 WHW bevat.

1122 Slump 1997, p. 83.

1123 De bepalingen in CAO's die na het arrest-Amghane tot stand zijn gekomen, zijn in het algemeen niet als ondubbelzinnige overeenkomst om de uitspraak van de commissie van beroep voor beide partijen als bindend te beschouwen. Jansen & Van de Laar 2010, p. 10.

alsook in de toetsing van de uitkomst ervan.¹¹²⁴ Hiermee wordt het uitgangspunt bevestigd dat wil een interne rechtsgang effect sorteren, deze op heldere afspraken tussen partijen over de procedure en de betekenis van de uitkomst dient te berusten.

Toekomstperspectief

In de observatie dat het rechtskarakter van de uitspraken van de commissies van beroep voor het bijzonder onderwijs niet onomstreden is en dat ontslaggeschillen met een levensbeschouwelijke achtergrond nauwelijks voorkomen, ligt de kiem besloten voor een beweging in de richting van een kleinere rol voor rechtspraak in eigen kring in het bijzonder onderwijs.¹¹²⁵ De sterke uitbreiding van het ontslagrecht voor de private sector heeft een betekenisvolle concurrentie teweeggebracht. Vanuit het bijzonder onderwijs wordt steeds vaker een beroep gedaan op de burgerlijke rechter, óók door schoolbesturen.¹¹²⁶

De facto heeft het arrest-Amghane de positie van natuurlijk aangewezen interne rechtsgang van de commissie van beroep in een vrijblijvend alternatief veranderd.¹¹²⁷ Omdat voor het bijzonder onderwijs de preventieve ontslagtoets niet geldt, resulteert het afzien van een procedure voor de commissie van beroep in een geringere ontslagbescherming.¹¹²⁸ Het herwaarderen van de status van de commissie van beroep noopt tot een herbezinning op de ontslagbescherming.¹¹²⁹ Een optie zou kunnen zijn het integrale ontslagrecht voor de private sector op het bijzonder onderwijs van toepassing te verklaren.¹¹³⁰

Enige nuanceringen zijn op zijn plaats. Nog altijd kan de commissie van beroep als bindend adviseur blijven optreden. Aan de commissie van beroep zou ook een nieuwe rol kunnen worden toebedeeld, namelijk die van mediator.¹¹³¹ Wanneer identiteit een factor van belang is in een conflict, lijkt de commissie van beroep bij uitstek de aangewezen instantie die de vereiste deskundigheid in huis heeft om daarover te oordelen. Verder zijn te noemen de laagdrempeligheid om een geding aan te spannen en de gunstige tijdspanne waarin de commissie van beroep een

1124 Overigens onderstreept Slump de betekenis die de rechtspraak hecht aan de interne rechtsgang. Slump 1997, p. 77.

1125 Noorlander 2002, p. 73. Beurskens noemt als ander argument dat een aanzienlijk tot zeer groot percentage van de bijzondere scholen niet-confessioneel is. Principiële (levensbeschouwelijke) redenen om ontslaggeschillen aan de overheidsrechter te onttrekken, bestaan hier niet. Beurskens 1997, p. 334.

1126 Aantasting van de vrijheid van onderwijs door de burgerlijke rechter wordt kennelijk niet langer gevreesd. Beurskens 1991, p. 438.

1127 Zie over de discussie over de positie van de commissie van beroep: *Plaats en functie van de commissies van beroep voor het bijzonder onderwijs*. Van der Net, 'Een controversieel arrest van de Hoge Raad en een verstopt advies over de binding van de kringenrechtspraak', *School en Wet* 1996, p. 2-6. Beurskens, 'De Hoge Raad en de Commissies van Beroep voor het bijzonder onderwijs. Het doek valt sneller dan verwacht!', *NJB* 1997, p. 333-338. Beurskens 1997, p. 338. Van den Heuvel 2002, p. 84.

1128 Vervolgadvies, p. 37, 38. Van den Heuvel constateert dat de procedure voor de commissie van beroep wat zwaarder moet worden aangezet, omdat deze ten aanzien van de rechtsbescherming van de werknemer 'wat mager' afsteekt bij de preventieve ontslagtoets die andere werknemers genieten. Van den Heuvel 2002, p. 85.

1129 Beurskens 1997, p. 334.

1130 Het bekostigingskarakter van de commissie van beroep kan dan komen te vervallen. Vervolgadvies, p. 37, 38. Noorlander 2002, p. 74.

1131 HR 9 november 2001, *NJ* 2001/692, *JAR* 2001/240, *JOL* 2001/658 (Bartels/Hogeschool Brabant).

beslissing kan nemen.¹¹³² In plaats van de commissie van beroep af te waarderen in status of af te schaffen, zou verder kunnen worden gekozen voor het (wettelijk) opwaarderen ervan, het eventueel instellen van een commissie van hoger beroep, of het mogelijk maken van hoger beroep bij de kantonrechter.¹¹³³ Het aanmerken van de procedure voor de commissie van beroep als arbitrage zou de status van zowel de procedure als van de uitspraak kunnen versterken.

6.3.4 Conclusie

Naarmate de eigen positie van de tendensinstelling duidelijker herkenbaar is en in juridische zin steviger is geborgd, heeft ook geschilbeslechting een navenant herkenbaar gezicht. De meest uitgewerkte procedures zijn dan ook te vinden bij het kerkgenootschap, gevolgd door de instelling van bijzonder onderwijs.

Voor het kerkgenootschap heeft de jurisprudentie gaandeweg voor een steeds meer verfijnde afbakening gezorgd tussen kerkelijke procedures en het burgerlijke recht. Ook voor het arbeidsrecht kan alternatieve geschilbeslechting een rol spelen. In de eerste plaats moet het kerkgenootschap de status van de procedure vastleggen. Er dient een duidelijke en vrijwillige keuze te zijn voor het volgen van de kerkelijke procedure. In de tweede plaats moet de procedure helder zijn uitgewerkt en aan fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht beantwoorden. Het eigen karakter van de kerkelijke procedure kan meebrengen dat niet alle beginselen onverkort van toepassing zijn. Het is zaak, gemotiveerd aan te geven in welke gevallen en waarom de eigen aard en kenmerken van de kerkelijke procedure in voorkomende gevallen tot het maken van eigen, afwijkende keuzes noodzakelijk zijn. Wat het kerkelijk statuut over de procedure vastlegt, speelt een wezenlijke rol. Hoe doordachter de kerkelijke procedure is gestructureerd, hoe terughoudender de burgerlijke rechter zich kan opstellen wanneer deze de vraag krijgt voorgelegd de uitspraak te toetsen, vooropgesteld dat aan de eisen van bevoegdheid en ontvankelijkheid wordt voldaan. Het aanmerken van de kerkelijke procedure als arbitrage, kan bijdragen aan de status van zowel de procedure als van de uitspraken.

In de instelling van bijzonder onderwijs speelt de commissie van beroep een grote rol. De achtergrond ervan moet worden geduid tegen de historische ontwikkelingen die het bijzonder onderwijs een volwaardige positie naast het openbaar onderwijs hebben toegekend. Inmiddels is een ontwikkeling waarneembaar die het volgen van de procedure voor de commissie voor de werknemer tot een facultatieve mogelijkheid maakt. De uitspraken van de commissies worden door de rechter als bindend advies aangemerkt, mits partijen daarover ondubbelzinnig duidelijke afspraken hebben gemaakt.

Door onduidelijkheid over de juridische consequenties van de uitspraken in de procedure van alternatieve geschilbeslechting, gevoegd bij de constatering dat de zaken in interne procedures veelal weinig raakvlakken hebben met identiteit en des

¹¹³² Noorlander 2002, p. 86, 87.

¹¹³³ Van den Heuvel noemt behalve de laagdrempeligheid ook de geleverde kwaliteit van de procedure. Van den Heuvel 2002, p. 85.

te meer met de rechtspositie, rijst de vraag wat de toekomstige positie zal zijn voor de commissies van beroep. De uiterste consequentie kan zijn het afschaffen van deze vorm van geschilbeslechting in eigen kring. Een keuze in de andere richting zou het opwaarderen van de rol van de commissie van beroep kunnen zijn, bijvoorbeeld als arbitrageprocedure. Wat ten aanzien van de inhoudelijke eisen aan kerkelijke procedures is gesteld, geldt ook ten aanzien van de commissie van beroep.

De onbenoemde tendensinstelling kent geen geformaliseerde eigen procedures van geschilbeslechting. Belangstelling voor mediation is waarneembaar. Deze procedure kan de kennis van de identiteit en de daarmee samenhangende verhoudingen en gevoeligheden binnen de tendensinstelling goed tot hun recht laten komen.

Hoofdstuk 7

Duitsland

7.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is bij herhaling van de beïnvloeding van de tendensinstelling door ontwikkelingen elders in Europa gebleken. Een grensoverschrijdende verkenning is op zijn plaats. Een groot land met een goed ontwikkeld rechtstelsel dat een verscheidenheid aan godsdiensten en culturen moet accommoderen, biedt een gerede kans op vruchtbaar vergelijk. Vanuit Nederland gezien komen met name Duitsland, Groot-Brittannië en Frankrijk in beeld. De keuze valt op Duitsland. Dit grote land in het hart van Europa, vanouds een bron van inspiratie voor Nederland, vervult een leidende rol in de EU. Groot-Brittannië zou een optie kunnen zijn, omdat ook in het Verenigd Koninkrijk religieuze instellingen een eigen status hebben. Maar daar waar het Britse rechtssysteem zich van het continentale systeem onderscheidt, wat op historisch gegroeide posities van religieuze instellingen reflecteert, laten het Nederlandse en het Duitse rechtstelsel zich goed vergelijken.¹¹³⁴ Een vergelijking met Frankrijk ligt minder voor de hand. Hoewel groot, divers en eveneens leidend in EU-verband, is de positie van de tendensinstelling een fundamenteel andere. Erkenning van de eigen positie van de tendensinstelling dreigt snel op gespannen voet te komen met rigide opvattingen over de scheiding van kerk en staat. Anders dan de Franse Republiek is de Bondsrepubliek niet volgens laïcistische principes ingericht. Wat Duitsland verder van zowel Groot-Brittannië en Frankrijk onderscheidt, zoals nader zal worden geduïd, is een historisch te verklaren omzichtige houding in het omgaan met minderheden. Het laatste is niet in het minst een aspect dat zwaar weegt bij het toekennen van ruimte aan de tendensinstelling.

Hoofdstuk 7 zal dan ook de positie van de tendensinstelling en van de kerkelijke werkgever in Duitsland in kaart brengen. Paragraaf 7.2 stelt het Duitse arbeidsrecht aan de orde. Paragraaf 7.3 bespreekt de wetgeving die de positie van de tendensinstelling omkadert. Paragraaf 7.4 beziet welke ruimte de jurisprudentie de tendensinstelling in de praktijk toebemeet. Ook de kritiek vanuit de Europese Commissie krijgt daarbij een plaats. Paragraaf 7.5 geeft tot besluit een vergelijking van de Duitse en de Nederlandse benadering van de tendensinstelling.

¹¹³⁴ Ook voor het arbeidsrecht gaat het adagium 'Germania docet' op. Jacobs: 'De Duitse wetenschapsbeoefening gaat op elk gebied zo diep, dat men er alleen maar wijzer van kan worden door zich aan haar vruchtsappen te laven'. Jacobs 1993, p. 5. In dezelfde zin: De Gaay Fortman 1936, p. 13.

7.2 Het Duitse arbeidsrecht

7.2.1 Inleiding

Deze paragraaf gaat in op de vormgeving van het Duitse arbeidsrecht. Na de bespreking van de kenbronnen wordt meer specifiek naar de arbeidsovereenkomst gekeken. Daarna komt aan de orde de bijzondere positie van het kerkelijke arbeidsrecht en de bescherming van de tendensinstelling.

7.2.2 Arbeidsrecht en arbeidsovereenkomst

Geringe codificatie

Het Duitse arbeidsrecht wordt sterk door het constitutionele recht beïnvloed, met name door de grondrechten.¹¹³⁵ Grondwettelijk ligt de wetgevende bevoegdheid op het vlak van het arbeidsrecht op het niveau van de landen (Länder), tot het moment waarop de bondsregering (Bund) gebruikmaakt van diens wetgevende bevoegdheid.¹¹³⁶

Het Arbeitsrechts-Handbuch van Schaub omschrijft het Duitse arbeidsrecht als 'die Summe der Rechtsregeln, die sich mit der in abhängiger Tätigkeit geleisteten Arbeit beschäftigen'.¹¹³⁷ Dat wijst niet op een uiteenlopende verzameling kenbronnen in plaats van een eenduidig wettelijk gereguleerd arbeidsrecht op federaal niveau. De geschiedenis leert hoe het Duitse arbeidsrecht zich laat kennen als optelsom van uiteenlopende regelingen. Pogingen deze optelsom in een samenhangende wettelijke regeling te kanaliseren, zijn tot heden niet geslaagd. De wetgever heeft zich vooral tot raamwetgeving beperkt. Daar waar het Derde Rijk de basis heeft gelegd voor een verdere uitbouw van het individuele arbeidsrecht, is de aanzet voor het collectieve arbeidsrecht vooral te vinden in de republiek van Weimar. In de naoorlogse tijd zijn beide sporen opgepakt en uitgebouwd. In het Duitsland van na de hereniging geniet het harmoniseren van de wetgeving van de oude bondslanden en de nieuwe bondslanden voorrang.¹¹³⁸ De belofte bij de Duitse hereniging in 1990 tot een eenduidige codificatie van het arbeidsrecht te komen, staat nog open.¹¹³⁹ Daarmee laat het Duitse arbeidsrecht zich kennen als een terrein dat in de loop van de tijd vorm heeft gekregen door gerechtelijke uitspraken, afgerond in wettelijke regelingen op onderdelen.

De meeste bepalingen over het arbeidsrecht zijn in het Bürgerliches Gesetzbuch

¹¹³⁵ Koevoets 2006, p. 261.

¹¹³⁶ Art. 74 lid 12 Grundgesetz bakent van het bereik van de zogenoemde konkurrierende Gesetzgebung af.

¹¹³⁷ Schaub, Koch & Linck 2002, p. 1.

¹¹³⁸ Schaub, Koch & Linck 2002, p. 54.

¹¹³⁹ Art. 30 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands.

(BGB) te vinden.¹¹⁴⁰ Art. 611 BGB over het Dienstvertrag is de kernbepaling over de arbeidsverhouding:

§ 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag

(1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.

Het Dienstvertrag voert terug op de locatio conductio operarum uit het Romeinse recht. Hoe deze voor de Romeinen wegens hun leunen op slavenarbeid minder in het zicht springende rechtsfiguur in de loop van de geschiedenis is verschoven tot hoeksteen van het Duitse arbeidsrecht, voert in het kader van deze studie te ver. Relevant voor de tendensinstelling is dat het arbeidsrecht als Individualarbeitsrecht naast deelrechtsgebieden als het Tarifsvertragsrecht, het Arbeitskampfrecht en het Betriebsverfassungsrecht (het recht betreffende loonvorming, collectieve actie en medezeggenschap) een stevige positie inneemt als zelfstandig rechtsgebied naast het Zivilrecht, het burgerlijke recht.

Behalve in het BGB zijn wettelijke regelingen over de arbeid te vinden in het Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG). Medezeggenschap is gereguleerd in het Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Het Tarifvertragsgesetz (TVG) bevat bepalingen over het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht. Het Duitse ontslagrecht is zeer verbrokkeld geregeld en kan als gecompliceerd en on-samenhangend worden benoemd.¹¹⁴¹ Voorschriften over ontslagbescherming geeft het Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

De afwezigheid van samenhangende codificatie op het vlak van de arbeid leidt tot afbakeningsproblematiek, waarbij het aan de rechtspraak is gaandeweg ver-gaande verfijningen aan te brengen.

Kenmerken arbeidsovereenkomst

Een arbeidsovereenkomst wordt afgesloten tussen de werkgever en de werknemer. De werknemer heeft het recht deze overeenkomst schriftelijk bevestigd te krijgen. De partijen kunnen de inhoud van de arbeidsovereenkomst regelmatig aanpassen. Slechts weinig delen van de arbeidsovereenkomst kunnen geen wijziging ondergaan. De kenmerken van de arbeidsovereenkomst en de daarbij behorende wederzijdse verplichtingen van werkgever en werknemer zijn in Duitsland in grote lijnen vergelijkbaar met die in Nederland. Hetzelfde geldt voor arbeidsvoorwaarden en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.¹¹⁴² Uiteraard zijn er in de praktijk van alledag afwijkingen te constateren.¹¹⁴³

De werkgever kan zowel een natuurlijk persoon zijn als een rechtspersoon. De

¹¹⁴⁰ Ook een poging tot een uniformering van het arbeidsrecht onder de titel 'Arbeitsvertrag' in het BGB mislukte. Schmidt & Brüggemeier 1998, p. 241.

¹¹⁴¹ Jacobs 1993, p. 103, 132.

¹¹⁴² Koevoets 2006, p. 325.

¹¹⁴³ Een korte bloemlezing: <<http://cms.strick.de/actueel/index.cfm?ID=218>>. Zie ook: *Arbeitsrecht* 2008.

werknemer is een natuurlijk persoon. Het in Duitsland geldende onderscheid tussen Arbeiter en Angestellten, zeg tussen de arbeiders en de witte boorden, is allengs in juridisch opzicht van minder betekenis geworden.¹¹⁴⁴ Ambtenaren zijn ook in Duitsland een aparte categorie werkenden. Zij vallen onder het bestuursrecht. Een bijzondere status aparte is voor de geestelijken weggelegd. Het Duitse recht gaat ervan uit dat deze personen moeten worden geacht uit religieuze of charitatieve beweegredenen te werken. Mitsdien zijn zij niet op normale arbeidsovereenkomst werkzaam.¹¹⁴⁵ Gaat het om minder nauw met de doelstelling van de instelling verbonden medewerkers, dan zal de identiteit van de instelling de arbeidsovereenkomst kleuren.

7.2.3 Kerkelijke autonomie

Minderheden

Religionsgemeinschaften of Religionsgesellschaften aan de ene kant en aan de andere kant Tendenzbetriebe of Tendenzunternehmen, te weten kerkgenootschappen en overige tendensinstellingen, bezitten in Duitsland een grondwettelijk gewaarborgde en vergaande ruimte om de eigen identiteit tot uiting te brengen.¹¹⁴⁶

De zorgvuldige afbakening en bewaking van de positie van minderheden en hun organisatievermogen kan mede worden geduid tegen de achtergrond van de andersluidende ervaringen uit het nazitijdperk. Naar Nederlandse maatstaven worden in Duitsland minderheden met fluwelen handschoenen aangepakt, observeert een in Berlijn woonachtige dagbladcorrespondent. Vooral niet discrimineren, is het adagium.¹¹⁴⁷ Zeker tegen de achtergrond van de Tweede Wereldoorlog en de vernietiging van zes miljoen joden is het geen wonder dat de positie van minderheden en de bescherming van hun positie in de Duitse literatuur voorwerp van diepgaande studie is.¹¹⁴⁸

Kirchliches Arbeitsrecht

In het Duitse recht heeft vooral de kerkelijke autonomie een sterke en ruime positie verworven.¹¹⁴⁹ Ook in de rol als werkgever is dat het geval. Er is zelfs van een eigen kirchliches Arbeitsrecht sprake, waaraan zeker ook mede debet is het

1144 Schaub, Koch & Linck 2002, p. 107.

1145 Jacobs 1993, p. 60.

1146 Schnabel 2008, p. 414.

1147 NRC Handelsblad 9 augustus 2007, 'Duitser haalt het niet in zijn hoofd'.

1148 Zie onder andere: Harald Ermisch, *Minderheitenschutz ins Grundgesetz? Die politische Diskussion über den Schutz ethnischer Minderheiten in der BRD im Rahmen der Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat* (Göttingen, diss.), Münster: LIT Verlag 2000. Christine Langenfeld, *Integration und Kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. Eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland* (Jus Publicum, Bd. 80), Tübingen: Verlag Mohr-Siebeck 2001. Gerhard Besier (e.a.), *Religionsfreiheit und Konformismus. Über Minderheiten und die Macht der Mehrheit* (Zeitdiagnosen), Münster: LIT Verlag 2004. Hans-Martin Barth & Christoph Elsas (red.), *Religiöse Minderheiten. Potentiale für Konflikt und Frieden*, Schenefeld: E.B.-Verlag, 2004.

1149 Van Bijsterveld 1998, p. 76.

ontbreken van een gecodificeerd regulier arbeidsrecht.¹¹⁵⁰ Kerkelijke werkgevers mogen de arbeidsverhouding naar eigen inzicht vormgeven. Zo kent de Rooms-Katholieke Kerk een 'Grundordnung' voor de kerkelijke dienst in kerkelijke arbeidsverhoudingen die onder meer in een eigen stelsel van geschilbeslechting voorziet.¹¹⁵¹ Kerkelijk arbeidsrecht duidt niet op het bestaan van een rechtsstelsel dat als afzonderlijk fenomeen buiten het reguliere arbeidsrecht bestaat. De rechter heeft bij toetsing rekening te houden met de godsdienstige en morele maatstaven van de kerken, voor zover deze niet met de fundamentele beginselen van de rechtsstaat in conflict komen.¹¹⁵² De erkenning dat het tendenswerkgeverschap van de kerk een extra dimensie aan de relatie tussen werkgever en werknemer geeft, rechtvaardigt de benadering van het kerkelijk arbeidsrecht als verschijnsel dat een onderscheiden positie binnen het geheel van het arbeidsrecht verdient.¹¹⁵³ Seifert beklemtoont dat deze grondwettelijk gewaarborgde status bescherming geniet op grond van de eerbiediging door de EU van de nationale identiteit van de lidstaten, waarvan het Selbstbestimmungsrecht deel uitmaakt (art. 6 lid 3 EU Verdrag).¹¹⁵⁴

De aanduiding kerkelijk ziet behalve op kerken als zodanig op een breed palet aan Religionsgesellschaften die aan of met de kerk zijn verbonden. Voor deze scholen, ziekenhuizen en charitatieve instellingen en dergelijke geldt eveneens als uitgangspunt het Selbstbestimmungsrecht.¹¹⁵⁵ Het recht van kerkelijke instellingen de doelstellingen voortvloeiend uit de identiteit op zelf bestemde wijze na te streven, werkt door in het arbeidsrecht.

Voor de arbeidsrechtelijke positie van tendensinstellingen die niet rechtstreeks aan een kerk zijn gelieerd, is relevant de zogeheten Tendenzschutz, zoals besproken in Hoofdstuk 2. Het betreft specifiek op de bescherming van identiteit toegesneden bepalingen waarop tendensinstellingen aanspraak kunnen maken bij het vormgeven van hun identiteit. Voor de verdere bespreking is van belang niet uit het oog te verliezen dat het kerkelijk arbeidsrecht dat uit het Selbstbestimmungsrecht voor kerken en daaraan verbonden instellingen voortvloeit, een verdergaande mate van autonomie garandeert dan de Tendenzschutz voor overige tendensinstellingen.

7.2.4 Conclusie

Het Duitse arbeidsrecht laat zich inhoudelijk goed met het Nederlandse arbeidsrecht vergelijken. Wel zijn er verschillen in systematiek. In de federale staatsstructuur blijven de constitutionele uitgangspunten nadrukkelijk in beeld. Een ander

1150 Naar schatting vallen in Duitsland 1 à 1,2 miljoen werknemers onder het kerkelijk arbeidsrecht. Seifert 2005, p. 179. De beroepsbevolking telt ± 43,5 miljoen mensen. Statistisches Bundesamt Deutschland. <<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Arbeitsmarkt/Arbeitsmarkt.phtml;jsessionid=29B579A730DBF71C8C8BF00410CCF152.internet2>>.

1151 Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse van 22 september 1993. Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung van 21 september 2004.

1152 BVerfG 4 juni 1985, BvR 70/138 (Kerkelijke werkgever).

1153 Thüsing 2006, p. 2. Terecht stelt Von Campenhausen dat de bijzondere constitutionele positie van kerkgenootschappen geen vacuüm beoogt op het terrein van het arbeidsrecht. Von Campenhausen 1993, p. 112.

1154 Seifert 2005, p. 181, 182.

1155 Thüsing 2006, p. 84.

gegeven is het ondanks herhaalde aanzetten ontbreken van een gecodificeerd arbeidsrecht.

De Duitse wetgeving erkent expliciet dat het werkgeverschap van kerken de verhouding met de werknemer kleurt. Om die reden heeft het kerkelijk arbeidsrecht een erkende eigen plaats in het geheel van het arbeidsrecht. Behalve op kerken is dit ook van toepassing op instellingen die daaraan zijn gelieerd. Het gaat hier om het op het Selbstverständnis gebaseerde Selbstbestimmungsrecht.

Tendensinstellingen die geen kerk zijn, of onder het kerkelijk werkgeverschap vallen, genieten aparte wettelijke aanspraken op grond van hun positie. Voor het genieten van Tendenzschutz moet de betreffende werknemer Tendenzträger zijn.

7.3 Wetgeving

7.3.1 Inleiding

Vier wetten passeren de revue.¹¹⁵⁶ De Duitse grondwet (Grundgesetz; GG) is het meest gezaghebbende document. Evenals in Nederland, zijn voor de tendensinstelling van fundamenteel belang de kaders van de wetgeving gelijke behandeling. In Duitsland is dat het Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). In de wetgeving springt voor de tendensinstelling vooral het collectieve aspect van de medezeggenschap in het oog.¹¹⁵⁷ Reeds benoemd in Hoofdstuk 2 is de oorsprong van het concept tendenswerkgever, het Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Het Tarifvertragsgesetz (TVG), raamwetgeving over collectieve arbeidsvoorwaarden, dient als voorbeeld van een wet die geen expliciete bepalingen kent met het oog op de tendensinstelling, wat leidt tot een verschil in toepassing door kerken en overige tendensinstellingen. Tot slot aandacht voor het einde van de arbeidsovereenkomst, in Duitsland met waarborgen omgeven in een specifieke wet, het Kündigungsschutzgesetz (KSchG).¹¹⁵⁸

7.3.2 Grundgesetz (GG)

Vrijheid van godsdienst

Het GG biedt een stevige basis voor de bescherming van de positie van de tendensinstelling, vooral van de kerken. Na een beschouwing over de betekenis van grondrechten voor de tendensinstelling volgt bespreking van de positie van de kerk en bijbehorende instellingen.

¹¹⁵⁶ Het internationale rechtskader, zoals in Hoofdstuk 3 uiteengezet, geldt ook voor Duitsland.

¹¹⁵⁷ Zoals reeds gesteld, is het Duitse reguliere arbeidsrecht voor een groot deel rechtersrecht.

¹¹⁵⁸ Om de bespreking van de Duitse wetgeving inzichtelijk te maken, zullen waar nodig letterlijke teksten van de voor de tendensinstelling meest relevante artikelen aan de tekst worden toegevoegd.

De waarden die de grondrechten tot uitdrukking brengen, drukken hun stempel op de gehele rechtsorde, waaronder het privaatrecht. Het rechtsgehalte van de grondrechten ontvouwt zich in het burgerlijke recht door indirecte horizontale werking door middel van privaatrechtelijke voorschriften. In bewoordingen refererend aan de jurisprudentie gaat het om een ontplooiing 'durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften'.¹¹⁵⁹ De zogeheten Mittelbare Drittwirkung vindt plaats door arbeidsrechtelijke regels en specifieke wetsbepalingen, of door middel van algemene bepalingen.

Voor de positie van de tendensinstelling als werkgever is van belang het onderscheid dat Hoevels maakt met de positie van de overheid, als adressaat van grondrechten.¹¹⁶⁰ Hij hecht aan de vaststelling dat de werkgever, ongeacht of het een natuurlijke persoon of rechtspersoon betreft, drager is van grondwettelijke rechten en vrijheden en uit dien hoofde aanspraak kan maken op grondwettelijke garanties. Richtinggevend is het in de Duitse grondwet verankerde principe van Privatautonomie. Het persoonlijkheidsrecht van art. 2 lid 1 GG houdt in dat eenieder het recht heeft op de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, voor zover hij de rechten van anderen geen schade toebrengt of een inbreuk maakt op de grondwettelijke orde of de goede zeden. De aanspraak op grondrechten door de werkgever, ook wanneer deze rechtspersoon is, betekent in de Duitse verhoudingen een andere afweging tussen grondrechten met een werknemer dan tussen de burger en de overheid.

Een van de eerste artikelen van het GG van belang voor de positie van de tendensinstelling gaat over de bescherming van het geloof, het geweten en levensovertuiging. In sterke bewoordingen reguleert art. 4 lid 1 GG:

'Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.'

Art. 4 lid 2 GG waarborgt de vrijheid van eredienst:

'Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.'

Wat Hoevels over de vrijheid van godsdienst stelt, te weten dat deze de doorwerking in de arbeidsverhouding 'mittelbar über die auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe und Generalklauseln' van het burgerlijke recht en arbeidsrecht ontplooit, is van gelijke toepassing op andere grondrechten die in de verhouding tussen tendensinstelling en werknemers een rol spelen.¹¹⁶¹ Dat zijn bepalingen over gelijke behandeling, de vrijheid van meningsuiting, vakbondsvrijheid, de vrijheid van reizen, het recht op vrije keuze van opleiding, beroep en werkgever en het verbod op dwangarbeid (art. 3, 5, 9, 11 en 12 GG).

De onmiskenbare bescherming van religieus geïnspireerde organisatie maakt van de Duitse grondwet geen religieus document. De historische worteling van

¹¹⁵⁹ Hoevels 2003, p. 29.

¹¹⁶⁰ Hoevels 2003, p. 36.

¹¹⁶¹ Hoevels 2003, p. 43.

de vrijheid van godsdienst is er wel onmiskenbaar in terug te vinden, schrijven Wiese & Wrase in een beschouwing over de stoeve maatschappelijke acceptatie van religieus geïnspireerd gedrag aan het begin van de eenentwintigste eeuw in Duitsland.¹¹⁶² Uitgerekend deze seculiere grondwet werpt volgens de auteurs een dam op tegen het verdringen van het pluralisme in de samenleving:

‘Gerade jemand der von der Verfassung in seiner religiös geprägten Identität anerkannt wird, kann umso mehr Akzeptanz für diese (sekuläre) Verfassung zeigen.’

Deze vanuit grondwettelijk oogpunt beschouwde harde garantie van de vrijheid van godsdienst is het vertrekpunt voor de beoordeling van de organisatievrijheid van de tendensinstelling in Duitsland.¹¹⁶³

Ruime kring van instellingen

Funderende bepalingen over de rechten van religieuze instellingen zijn te vinden in art. 140 GG. Dit artikel verklaart onder andere art. 137 en 138 van de constitutie van Weimar tot bestanddeel van de Duitse grondwet.¹¹⁶⁴ De tekst van art. 137 (Deutsche Verfassung) luidt:

‘Es besteht keine Staatskirche.

Die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften wird gewährleistet. Der Zusammenschluß von Religionsgesellschaften innerhalb des Reichsgebiets unterliegt keinen Beschränkungen.

Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde.

Religionsgesellschaften erwerben die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

Die Religionsgesellschaften bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechtes, soweit sie solche bisher waren. Anderen Religionsgesellschaften sind auf ihren Antrag gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten. Schließen sich mehrere derartige öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften zu einem Verbands zusammen, so ist auch dieser Verband eine öffentlich-rechtliche Körperschaft.

Die Religionsgesellschaften, welche Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, sind berechtigt, auf Grund der bürgerlichen Steuerlisten nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen Steuern zu erheben.

Den Religionsgesellschaften werden die Vereinigungen gleichgestellt, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen. Soweit die Durchführung dieser Bestimmungen eine weitere Regelung erfordert, liegt diese der Landesgesetzgebung ob.’

¹¹⁶² Wiese & Wrase 2007.

¹¹⁶³ Schnabel spreekt zelfs van een ‘vorbehaltlose Gewährleistung der Religionsfreiheit’. Schnabel 2008, p. 433.

¹¹⁶⁴ Republiek van Weimar, Deutsche Verfassung van 11 augustus 1919.

Art. 138 (Deutsche Verfassung) garandeert vermogensrechtelijke aanspraken van de kerken en religieuze verenigingen. De letterlijke tekst luidt:

‘Die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst. Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf.

Das Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen werden gewährleistet.’

Het GG waarborgt de vrijheid van vereniging voor Religionsgesellschaften (kerken en verwante instellingen). Iedere kerk regelt en bestuurt de aangelegenheden zelfstandig, binnen de kaders van de wet. De kerkelijke autonomie is grondwettelijk omkaderd binnen de grenzen van de voor ieder geldende wet, waarbij zowel de autonomie zelf als de wettelijke grenzen voortdurend voorwerp van discussie zijn.¹¹⁶⁵ Een kerk neemt, wanneer ledental en een duurzaam bestaan daartoe aanleiding geven, aan het maatschappelijk verkeer deel als ‘Körperschaft des öffentlichen Rechtes’. Onder zekere condities mogen kerken zelfs belasting heffen.

Een opvallend element in de kerkelijke autonomie is de reikwijdte van het begrip. Het kerkelijke zelfbeschikkingsrecht beperkt zich niet tot de kerk in strikte zin, maar strekt zich tot kerkelijke instellingen uit die actief zijn op maatschappelijk terrein. Onder Religionsgesellschaften worden ook gerekend verenigingen die zich een gemeenschappelijke beleving van een levensbeschouwing tot doel hebben gesteld. De kring van instellingen wordt ruim getrokken. Organisatorische samenhang hoeft zelfs niet altijd een vereiste te zijn, zoals in het geval van een rooms-katholieke organisatie die losstaat van de kerk, maar die deze kerk ‘aber so zugeordnet ist, daß es Teil hat an der Verwirklichung eines Stücks des Auftrags der Kirche im Geist katholischer Religiosität im Einklang mit dem Bekenntnis der katholischen Kirche und in Verbindung mit den Amtsträgern dieser Kirche’.¹¹⁶⁶

In de Duitse situatie kunnen overige tendensinstellingen derhalve onder de autonomie vallen waarop kerken aanspraak mogen maken, mits zij daartoe behoren. Het gaat dan om ‘die karitativen und erzieherischen Einrichtungen, deren Hilfe sich die Kirche bei der Erziehung und Erfüllung der sozialen Aufgaben bedient’.¹¹⁶⁷ Met name instellingen van onderwijs en onbenoemde tendensinstellingen op het gebied van de zorg vallen onder deze groep te rekenen.

7.3.3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Benadeling

Het AGG geeft vanuit het gelijkheidsbeginsel de kaders aan voor de tendensinstel-

¹¹⁶⁵ Van Bijsterveld 1998, p. 70.

¹¹⁶⁶ Bundessozialgericht (BSG) 5 november 1997, *ArztR* 1998, S. 204, *SozR* 3-2500, § 311, nr. 5 (Fachambulanz).

¹¹⁶⁷ Schaub, Koch & Link 2002, p. 1481.

ling. Aan de orde komen de uitgangspunten, de uitzonderingen voor de tendensinstelling en tot slot de naleving van het AGG.

Aanleiding voor het tot stand komen van het AGG is de noodzaak van het omzetten in nationaal recht van onder meer de Europese richtlijn over ras en etnische herkomst en de Kaderrichtlijn.¹¹⁶⁸ Het zwaartepunt ligt bij de bescherming tegen discriminatie in werk en beroep.¹¹⁶⁹ Het AGG moet benadeling op grond van ras, etnische afstamming, geslacht, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid voorkomen of beëindigen (art. 1 AGG). Evenals in Nederland was de totstandkoming van een wet die een algemeen kader voor gelijke behandeling zou moeten gaan bieden, geen gemakkelijk proces.¹¹⁷⁰

Waar het in de Awgb gaat om het maken van onderscheid, staat in het AGG centraal de vraag of er sprake is van onmiddellbare of middelbare Benachteiligung. Directe benadeling is ontoelaatbaar in de gevallen genoemd in art. 2 AGG. Dit artikel bestrijkt ook het terrein van arbeid en beroep. Van directe benadeling is sprake wanneer een persoon op een van de in art. 1 AGG genoemde gronden een minder gunstige bejegening ten deel valt als een andere persoon in een vergelijkbare situatie (art. 3 lid 1 AGG). Van indirecte benadeling is sprake wanneer ogenschijnlijk neutrale voorschriften, criteria of handelen een persoon op een van de in art. 1 AGG genoemde gronden ten opzichte van andere personen kunnen benadelen. Een rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden in een legitiem doel, voor het nastreven waarvan een passend en noodzakelijk middel wordt gevonden. Wanneer de benadeelde in diens persoonlijke waardigheid wordt getroffen, staat de benadeling als een Belästigung te boek (art. 3 lid 3 AGG).

Wezenlijke beroepsvereisten

Voor de tendensinstelling als werkgever is Hoofdstuk 2 over de bescherming van werknemers tegen benadeling het belangrijkste. De meest in het oog springende artikelen krijgen bespreking. Art. 7 AGG verbiedt benadeling van werknemers. Van benadeling is eveneens sprake wanneer de verbodsgonden onbewust worden overtreden. Art. 8 en 9 AGG geven voor de tendensinstelling aan wanneer verschil in behandeling is toegestaan. Een verschil in behandeling wegens een van de in art. 1 AGG genoemde gronden is toegestaan wanneer deze grond vanwege de aard van de activiteit of de context waarin deze plaatsvindt een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste daaraan evenredig is (art. 8 lid 1 AGG). Een verschil in behandeling vanwege godsdienst of levensovertuiging is ook toegestaan voor de tendensinstelling wanneer een bepaalde godsdienst of levensbeschouwing met het oog op het Selbstverständnis (de grondslag), met inachtneming van het Selbstbestimmungsrecht (de Duitse pendant van art. 2:2 BW) of de aard van de activiteiten een gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt (art. 9 lid 1 AGG). De tendensinstellingen voor welke deze bepaling geldt, zijn benoemd als

¹¹⁶⁸ Richtlijn 2000/43/EG en 2000/78/EG.

¹¹⁶⁹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. <<http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/generator/BMFSFJ/gesetze,did=81062.html>>.

¹¹⁷⁰ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 14 augustus 2006, BGBl. I S. 1897.

‘Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen’. Het verbod op verschil in behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging laat onverlet het recht van betreffende instellingen van hun werknemers een ‘loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses’, ofwel een houding van loyaliteit en goede trouw aan de grondslag te verlangen (art. 9 lid 2 AGG).

Art. 8 en 9 AGG zoeken in tekst en opbouw aansluiting bij art. 4 Kaderrichtlijn over wezenlijke beroepsvereisten. Het ligt ook in de rede, omdat anders dan de Awgb het AGG de uitwerking vormt van mede deze richtlijn. In lijn met de verhouding tussen art. 4 lid 1 en 2 Kaderrichtlijn, is art. 9 AGG de *lex specialis* ten opzichte van art. 8 AGG, dat de algemene regel weergeeft voor toegestaan verschil in behandeling. Merk op dat de AGG niet van een uitzondering rept op het verbod te discrimineren, maar van ‘*unterschiedliche Behandlung*’. Het maken van toegestaan onderscheid leidt niet tot Benachteiligung wegens discriminatie. Daarbij sluit aan de constatering dat het AGG een verschil in behandeling niet formuleert als uitzondering op het verbod van benadeling, zoals gedefinieerd in art. 3 AGG, maar als zelfstandig recht in relatie tot de in art. 1 AGG genoemde gronden. Van grote betekenis is voorts de nevenschikking tussen functiegerelateerde eisen, te weten de aard van de activiteiten in art. 9 lid 1 AGG, en een houding van loyaliteit en goede trouw in art. 9 lid 2 AGG. Een concreet voorbeeld waarin de mogelijkheid wordt gepraktiseerd eisen aan werknemers te stellen die verder strekken dan een eindimensionale toespitsing op onderscheiden functies, is de zogenoemde Loyalitätsrichtlinie van de Evangelische Kirche in Deutschland (EKD). De kerk vraagt medewerkers het navolgende te onderschrijven:¹¹⁷¹

‘Der Dienst der Kirche ist durch den Auftrag bestimmt, das Evangelium in Wort und Tat zu bezeugen. Alle Frauen und Männer, die in Anstellungsverhältnissen in Kirche und Diakonie tätig sind, tragen in unterschiedlicher Weise dazu bei, dass dieser Auftrag erfüllt werden kann. Dieser Auftrag ist die Grundlage der Rechte und Pflichten von Anstellungsträgern sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern.’

Eensoortgelijke bepaling voerde de Rooms-Katholieke Kerk ruim tien jaar eerder in:¹¹⁷²

‘Alle in einer Einrichtung der katholischen Kirche Tätigen tragen durch ihre Arbeit ohne Rücksicht auf die arbeitsrechtliche Stellung gemeinsam dazu bei, dass die Einrichtung ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche erfüllen kann (Dienstgemeinschaft).’

Het onderschrijven van genoemde Auftrag (opdracht) of Sendungsauftrag der Kirche valt rechtstreeks te herleiden tot de door de genoemde kerken gevoelde noodzaak de beroepsvereiste van medewerkers nadrukkelijk te plaatsen tegen de

1171 ‘Richtlinie über die Anforderungen der privat-rechtlichen beruflichen Mitarbeit’ bei kirchlichen und diakonischen Arbeitgebern, 1 september 2005.

1172 Vastgesteld door de Duitse Bisschoppenconferentie van 1993.

achtergrond van het bestaansrecht van beide kerken. De geloofwaardigheid van de EKD en de Rooms-Katholieke Kerk als religieuze gemeenschap vraagt een door de medewerkers gemeenschappelijk onderschreven ethos.¹¹⁷³ Evenals het EVRM geeft de Kaderrichtlijn en daarmee ook het AGG ruimte aan de vereiste loyaliteit van werknemers van een tendensinstelling die voortvloeit uit de bepaalde overtuigingen (certain convictions) en waardeoordelen (value judgements) die ten grondslag liggen aan de identiteit daarvan. Aangetekend dient wel te worden dat de discussie speelt of de Duitse wetgeving ter uitvoering van de Kaderrichtlijn de correcte interpretatie daarvan geeft.¹¹⁷⁴

Naleving

In art. 13-16 AGG staat omschreven welke rechten werknemers hebben wanneer hun in het AGG gestelde positie in het geding komt. De vier artikelen handelen achtereenvolgens over het kunnen indienen van bezwaren, het mogen weigeren van werk, het claimen van geldelijke genoegdoening en een victimisatiebeding.

Ten aanzien van de rechtsbescherming kent art. 23 AGG voor toepassing van de wet een rol toe aan Antidiskriminierungsverbände. Het betreft groepen personen die niet bedrijfsmatig of overwegend vanwege hun beroep de bijzondere belangen van op grond van art. 1 AGG benadeelde (groepen van) personen behartigen. Art. 25 AGG regelt de instelling van een federaal antidiscriminatieorgaan. De organisatorische aspecten zijn in handen van het Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, het Duitse gezinsministerie. Wie van mening is te zijn benadeeld op een van de in art. 1 AGG genoemde gronden, kan zich tot dit orgaan wenden. Art. 27 AGG bepaalt welke acties kunnen worden ondernomen op een klacht. De antidiscriminatie-instelling heeft ook als taak actief na te gaan hoe benadeling kan worden voorkomen en hierover te publiceren. Samenwerking, met inachtneming van de wederzijdse competenties, is geboden met de afgevaardigde van de Duitse Bondsdag en de Duitse Bondsregering op dit terrein. Art. 30 AGG voorziet in een adviescommissie om de dialoog te bevorderen met maatschappelijke groepen en organisaties die zich het tegengaan van discriminatie ten doel hebben gesteld.

7.3.4 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

Objectiveerbare doelstellingen

Zoals in Hoofdstuk 2 uiteengezet, is het concept van de tendensinstelling tot het BetrVG te herleiden. Na het toelichten van de werking zal worden gekeken naar de reikwijdte van de tendensbescherming.

Medezeggenschap impliceert het bestaan van verschillende belangen. Het

¹¹⁷³ Zie ook: *Pressestelle der EKD* 4 juli 2005, 'Rat der EKD erlässt Richtlinie über die Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in Kirche und Diakonie'.

¹¹⁷⁴ *Vertragsverletzungsverfahren* Nr. 2007/2362, K (2008)0103, onderdeel 2, Brussel, 31 januari 2008. Daarover meer in paragraaf 7.4.4.

BetrVG beschermt de belangen van werknemers, maar wel in het licht van het belang van de onderneming.¹¹⁷⁵ De Duitse tegenvoeter van de Nederlandse WOR heeft een zwaardere rol.¹¹⁷⁶ Schaub, Koch & Linck plaatsen medezeggenschap in de context van hervormingen op dit terrein in Duitsland die moeten leiden tot meer gelijkwaardige verhoudingen tussen werkgever en werknemer:¹¹⁷⁷

‘Durch die moderne Betriebsverfassung soll die auf absolute Herrschaft des Arbeitsgebers zugeschnittene Verfassung in eine konstitutive umgewandelt werden, in der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Wohl des Betriebes, seiner Arbeitnehmer und der Allgemeinheit zusammenarbeiten.’

Het instellen van een Betriebsrat is geen plicht voor de werkgever, maar een recht van de werknemers. Het beeld van medezeggenschap in Duitsland is er een van een fijnmazige, gespecialiseerde werknemersvertegenwoordiging op alle niveaus binnen een onderneming. Op het gebied van sociale aangelegenheden heeft de Betriebsrat ‘echte’ medezeggenschap. Met betrekking tot personele aangelegenheden heeft de Betriebsrat medewerkings- en medebeslissingsrechten bij algemene en individuele personele aangelegenheden. Medezeggenschap in economische zaken voltrekt zich in grote ondernemingen door het opnemen van vertegenwoordigers van werknemers in de Aufsichtsrat. De raad van toezicht bestaat uit vertegenwoordigers van werknemers en aandeelhouders en moet besluiten van de directie goedkeuren.¹¹⁷⁸

Het BetrVG bevat uitzonderingsbepalingen om het identiteitskarakter van de tendensinstelling veilig te stellen. De tendenswerkgever kan zich op grondrechten beroepen, zoals de Pressefreiheit (persvrijheid) (art. 5 GG) en de Glaubens- und Religionsfreiheit (vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) (art. 4 GG). Dat de bescherming van de identiteit van de tendensinstelling in Duitsland met name in wetgeving betreffende medezeggenschap vorm heeft gekregen, is niet geheel van betekenis ontdaan. In Hoofdstuk 5 is de betekenis uiteengezet voor de tendensinstelling van het collectieve arbeidsrecht als factor die de identiteit beïnvloedt.

In de systematiek van de Tendenzschutz richt de bescherming van de identiteit zich overwegend op het doen en laten van de Tendenzträger in de instelling. Het moet daarbij gaan om zaken die concreet aan de identiteit raken en van invloed kunnen zijn op het bereiken van de doelstellingen van de instelling. Voor het tendenskarakter van een instelling zijn niet van belang de persoonlijke opvattingen van de werkgever, maar de objectieveerbare doelstellingen van de instelling.

De Tendenzschutz strekt zich over een ruime kring van tendensinstellingen uit. Daarvan spreekt de voornaamste bepaling, art. 118 lid 1 BetrVG:

§ 118 Geltung für Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften

¹¹⁷⁵ In de zin van de WOR.

¹¹⁷⁶ Behalve het BetrVG zijn er het Drittelbeteiligungsgesetz voor ondernemingen met meer dan 500 werknemers, het Mitbestimmungsgesetz, voor medezeggenschap in ondernemingen met meer dan 2000 werknemers en het Montan-Mitbestimmungsgesetz voor de ijzer- en staalindustrie.

¹¹⁷⁷ Schaub, Koch & Linck 2002, p. 7.

¹¹⁷⁸ I. van de Pas & A. van Dijk, ‘Medezeggenschap in Duitsland wordt gekenmerkt door ‘Grundlichkeit’, OR Informatie 2007 (nr. 5).

(1) Auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend 1. politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder 2. Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes Anwendung findet, dienen, finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht. Die §§ 106 bis 110 sind nicht, die §§ 111 bis 113 nur insoweit anzuwenden, als sie den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer infolge von Betriebsänderungen regeln.

Voor Tendenzbetriebe is van toepassing van het BetrVG geen sprake voor zover 'die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht'. Onder de Tendenzbetriebe of Tendenzunternehmen vallen verschillende typen instellingen. Twee voorbeelden. De in de Duitse Bondsdag in Berlijn vertegenwoordigde politieke partijen zijn georganiseerd in Parteizentralen. De doelstelling van deze partijcentrales is het uitoefenen van politieke invloed en het met het oog daarop verwerven van stemmen van kiezers. Dat zijn onmiskenbaar politieke doeleinden, wat deze partijcentrales tot Tendenzbetrieb in de zin van art. 118 lid 1 BetrVG maakt. Een ander voorbeeld is een uitgever met onder meer wetenschap, kunst, opvoeding en politiek in portfolio.¹¹⁷⁹ Instellingen zoals laatstgenoemde bij welke de vraag kan rijzen in hoeverre de identiteit nu werkelijk bepalend is voor het 'unmittelbar und überwiegend' verwezenlijken van de doelstellingen, kunnen slechts aanspraak maken op Tendenzschutz wanneer de gerichtheid op deze doelen doorslaggevend is. Voor de bepaling daarvan is normerend het aandeel in de exploitatie van de gelden die de instelling aan het bereiken van identiteitbepaalde doelstellingen besteedt.¹¹⁸⁰

Hoofddregel in het BetrVG is dat adviesbevoegdheden van de Betriebsrat (OR) in Tendenzbetriebe in volle omvang worden uitgeoefend. Instemmingsbevoegdheden kunnen in sommige situaties worden ingeperkt.¹¹⁸¹ Beperkingen komen in zicht bij de betrokkenheid van de Betriebsrat inzake 'Personellen Angelegenheiten', art. 92-104 BetrVG. Dit is bij uitstek een terrein waar de identiteit van de instelling nadrukkelijk in het zicht komt. Verder heeft de wetgever medezeggenschapsrechten op het vlak van economische aangelegenheden vergaand ingeperkt (art. 106-110 BetrVG). Het gaat hier vooral om de Wirtschaftsausschuss, een commissie van werkgever en werknemers die regelmatig over bedrijfseconomische aangelegenheden van de onderneming beraad houden. Ten slotte is de medezeggenschap bij het doorvoeren van organisatorische veranderingen in het bedrijf beperkt (art. 111-113 BetrVG). Zo beschikt de Betriebsrat in een Tendenzbetrieb niet over het instrument van Interessenausgleich, van toepassing wanneer de ondernemer wijzigingen in de organisatie doorvoert. Van de betrokkenheid van de Betriebsrat bij wezenlijke organisatorische veranderingen resteert feitelijk alleen nog het afsluiten van een sociaal plan.

In een proces voor het Bundesarbeitsgericht (BAG) spreekt de ondernemingsraad

¹¹⁷⁹ *Betriebsräte-Informationen* DJV 17 april 2003, 'Der Tendenzschutz (§ 118 BetrVG)'.

¹¹⁸⁰ Schaub, Koch & Linck 2002, p. 2188.

¹¹⁸¹ DJV 2003.

de vrees uit dat het hek van de dam is wanneer behalve politieke partijen en hun organisaties een veelvoud van ondernemingen en andere organisaties die ook proberen de politiek te beïnvloeden, het Tendenz-stempel krijgen.¹¹⁸² Deze vrees is alleen al ongegrond vanwege de inperking van de tendensbescherming tot ondernemingen en bedrijven in de zin van de wet die zich rechtstreeks en overwegend op het verwezenlijken van hun tendensdoelstelling richten.¹¹⁸³

Reikwijdte tendensbescherming

In de loop van de jaren is er discussie geweest op de mogelijke (ongewenste) invloed van de OR op het tendenskarakter van de instelling. Ook vanuit andere hoek heeft de complexe belangenafweging in het BetrVG kritiek ontmoet. De kardinale vraag is of het vrijwaren dan wel inperken van inspraak door werknemers op de keper beschouwd het geëigende middel is om het tendenskarakter van een instelling te waarborgen. In zijn proefschrift over het inperken van de rechten van werknemers in Tendenzunternehmen stelt Härle:¹¹⁸⁴

‘Bei genauerer Betrachtung, ob und im welchem Umfang die Tendenz eines Unternehmens durch Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer gefährdet werden kann, scheinen theoretische Schutzbedürftigkeit und reale Gefährdung nicht übereinzustimmen.’

Härle haalt vernietigend uit naar de uitzonderingsclausule van art. 118 BetrVG.¹¹⁸⁵ Kort gezegd redeneert hij dat het insnoeren van medezeggenschapsrechten op geen enkele wijze een bijdrage levert aan het beschermen van de Tendenz. Waar dat op ondergeschikte punten eventueel het geval zou kunnen zijn, brengt het een volgens hem onaanvaardbare inbreuk op de werknemersrechten teweeg. De oproep tot ‘ersatzloser Streichung’ van de Tendenz-bepaling moet worden geplaatst tegen de achtergrond van het gegeven dat Härle uit principe verklaard tegenstander is van bijzondere aandacht van de wetgever voor de positie van de tendensinstelling. Härle schrijft hoopvol:¹¹⁸⁶

‘Der heutige Gesetzgeber könnte den Tendenzschutz de lege lata als unangemessene Privilegierung bestimmter Unternehmen und als Überbetonung des Grundrechtsschutzes ansehen.’

Ruim drie decennia later is de Duitse wetgever echter nog steeds niet tot het inzicht gekomen dat van een ongepast voortrekken van de tendensinstelling sprake is in de medezeggenschapsraad.

1182 Het betreft in casu een private instelling die in opdracht van de staat politieke doelen nastreeft.

1183 BAG 21 juli 1998, 1 ABR 2/98 (Feststellungsantrag). Zie ook: BAG 23 oktober 2002, 7 ABR 59/01 (Tendenzschutz wegen karitativer Eigenschaft einer kirchlichen Einrichtung).

1184 Härle 1972, p. 6.

1185 Hoewel Härle in zijn proefschrift het oude Betriebsverfassungsgesetz onder vuur neemt, gelden zijn bezwaren onverkort de huidige wetgeving, die daarvoor in 1972 in de plaats trad. Härle 1972, p. 94.

1186 Härle 1972, p. 25.

Daargelaten de vraag of het terrein van medezeggenschap het geëigende terrein is voor het waarborgen van de identiteit, moet verder nog worden opgemerkt dat het begrip Tendenzbetrieb of Tendenzunternehmen niet met dat van Religionsgesellschaft (GG) of Religionsgemeinschaft (BetrVG) samenvalt. Het gaat om de categorie overige tendensinstellingen, die niet de grondwettelijke autonome positie hebben van de kerk en de in Duitsland ruime kring van aanverwante instellingen. De tweede groep heeft de tendensbescherming niet nodig. De tekst van art. 118 lid 2 BetrVG luidt namelijk:

(2) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform.

Deze bepaling zondert het BetrVG 'Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen' volledig uit van toepassing van het BetrVG. Dit vloeit voort uit art. 140 GG. Toetsing van medezeggenschap aan het eigen karakter, ofwel de identiteit van de instelling, is voor deze categorie overbodig. Evenwel is ook in kerken medezeggenschap geen onbekende zaak, zoals blijkt uit de regelingen van bijvoorbeeld de Rooms-Katholieke Kerk en van de Evangelische Kirche in Deutschland.¹¹⁸⁷

Voor de uitzonderingsbepaling van betekenis is het kader van de Informatie- en raadplegingrichtlijn.¹¹⁸⁸ Art. 3 lid 2 Informatie- en raadplegingrichtlijn voorziet in de mogelijkheid van specifieke bepalingen voor ondernemingen of vestigingen die politieke, confessionele, charitatieve, educatieve, wetenschappelijke of kunstzinnige doeleinden nastreven, of doeleinden op het gebied van informatie of opinievorming, of die ten dienste staan van beroepsorganisaties. Daarbij moeten de in de Informatie- en raadplegingrichtlijn neergelegde beginselen en doelstellingen in acht worden genomen, terwijl het bovendien moet gaan om reeds bestaande bijzondere bepalingen in de nationale wetgeving. De uitzonderingsbepaling ziet op de Duitse Tendenzschutz, zoals deze ook in Zweden en Oostenrijk is geregeld.¹¹⁸⁹ Seifert beschouwt de optie als het overtrokken doortrekken van de tendensbescherming, omdat de Informatie- en raadplegingrichtlijn slechts een aantal minimumnormen bevat die geen afbreuk zouden doen aan het Selbstbestimmungsrecht.¹¹⁹⁰ Een kanttekening plaatst Seifert ook op de formulering van art. 118 lid 2 BetrVG, die zou moeten voorzien in de doorwerking van de normen van de Informatie- en raadplegingrichtlijn, in plaats van als ongeclausuleerde uitzonderingsbepaling te zijn geformuleerd.¹¹⁹¹

Of van een Religionsgemeinschaft sprake is, wordt strikt getoetst. Voor Scientology

1187 Regelungen über die Arbeitsgemeinschaften der Mitarbeitervertretungen van 1 april 1998. Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD van 6 november 1992.

1188 In de Nederlandse situatie is deze bepaling van weinig betekenis voor de tendensinstelling. Zie paragraaf 5.3.2.

1189 Hayen 2002. <<http://www.einblick.dgb.de/>>.

1190 Seifert 2005, p. 183.

1191 Het probleem kan worden opgelost door betreffende kerkelijke regelingen richtlijnconform uit te leggen. In dat geval resteert als probleem dat bij het ontbreken van dergelijke regelingen geen wettelijke bepaling voorhanden is om doorwerking van de richtlijn alsnog af te dwingen. In dat geval kan de rechter uitkomst bieden (Art. 8 Informatie- en raadplegingrichtlijn). Seifert 2005, p. 190.

valt deze toetsing negatief uit. De levensbeschouwing van deze beweging is volgens het BAG slechts dienstbaar aan het nastreven van economische doeleinden.¹¹⁹² De rechtsvorm van Religionsgemeenschappen en de daarmee verbonden charitatieve en onderwijskundige instellingen doet niet ter zake. Ook in het geval waarin sprake is van een instelling met een rechtsvorm uit het burgerlijke recht, blijft toepassing van de medezeggenschapswetgeving achterwege wanneer deze bij de kerk hoort.¹¹⁹³ De kerk moet beschikken over een zeker minimum aan beïnvloedingsmogelijkheden om de religieus geïnspireerde activiteiten van de instelling duurzaam in overeenstemming te laten zijn met die van de kerk zelf.¹¹⁹⁴

7.3.5 Tarifvertragesgesetz (TVG)

De collectieve arbeidsovereenkomst beschermt de werknemer tegen het eenzijdig vaststellen door de werkgever van arbeidsvoorwaarden. In Duitsland is de rol van de overheid bij de loonvorming een zeer terughoudende. De uitleg van art. 9 lid 3 GG ligt aan de basis van deze houding.¹¹⁹⁵ De regelgeving van de CAO-partijen mag niet in strijd komen met de grondrechten.¹¹⁹⁶

Het TVG reguleert de hoofdlijnen van het CAO-recht.¹¹⁹⁷ In vijftien artikelen legt deze wet de kaders voor de onderhandelingen vast.¹¹⁹⁸ Het TVG biedt de basis voor het vaststellen van rechtens geldende normatieve bepalingen door de onderhandelingspartijen. Op het afwijken van de wettelijke voorschriften staat de sanctie van nietigheid.¹¹⁹⁹ De CAO-bepalingen werken direct en dwingend in de arbeidsovereenkomst door. Van de voorschriften mag niet in het nadeel van de werknemer worden afgeweken.¹²⁰⁰ Ook het collectieve arbeidsrecht is in Duitsland voor een groot deel rechtersrecht. Het TVG reguleert de in het Tarifverdrag schriftelijk overeen te komen rechten en plichten van de Tarifvertragsparteien, te weten de vertegenwoordigende partijen van werkgevers en (die van) werknemers. Behalve rechten en plichten kan een CAO ook rechtsnormen bevatten over het aangaan, de inhoud en het einde van de arbeidsovereenkomst, alsmede vraagstukken van organisatorische aard, medezeggenschap of regelingen tussen de Vertragspartijen onderling (art. 1 TVG).

Anders dan bij het BetrVG biedt het TVG geen expliciete uitzonderingsbepaling voor kerken of overige tendensinstellingen. Wanneer deze laatste niet onder kerken vallen, is het TGV van toepassing (art. 2, 3 TVG). Kerken vallen niet onder het TVG. Op de verhouding tussen de grondwettelijk gewaarborgde organisatievrijheid van werknemers (art. 9 GG) en de kerkelijke autonomie (art. 140 GG) gaat Pahlke

1192 BAG 23 maart 1995, 5 AZB 21/94 (Scientology III).

1193 BAG 24 juli 1991, 7 ABR 34/90 (Persdienst Evangelisch-Lutherse Kerk).

1194 Schaub, Koch & Linck 2002, p. 2187.

1195 Jacobs 1993, p. 20.

1196 Jacobs 1993, p. 24.

1197 Wet van 9 april 1949.

1198 In Duitsland staat de flexibiliteit van de collectieve arbeidsovereenkomst ter discussie, waarover meer in onder andere: <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/12/feature/de0312202f.htm>>.

1199 Schaub, Koch & Linck 2002, p. 2083.

1200 Schaub, Koch & Linck 2002, p. 2040.

uitgebreid in in diens dissertatie over kerkelijke arbeidsrechtelijke regelingen in Duitsland. Voor het arbeidsvoorwaardenrecht relevant is dat het BVerfG mogelijkheden openlaat voor 'andere Formen einer Sinnvollen Ordnung und Befriedigung des Arbeitslebens' als enkel het CAO-stelsel.¹²⁰¹ Het zelfbeschikkingsrecht biedt kerken een keuze uit drie mogelijkheden. De eerste is het eenzijdig dicteren van arbeidsvoorwaarden. De tweede is het volgen van in het bedrijfsleven overeengekomen CAO's. De derde komt neer op het opstellen van een eigen CAO die alleen binnen de tendensinstelling van toepassing is. Dit is sinds jaar en dag de keuze van de kerken in Duitsland. De derde weg, aldus Pahlke resoluut, dient onmiskenbaar het garanderen en bevorderen van de rechten van werknemers in dienst van de kerk.¹²⁰² Identiek commentarieert Von Campenhausen:¹²⁰³

'The goal of the right of association, namely the safeguarding of a just wage settlement, is not linked to the system of collective agreement which prevails today outside the church.'

Kerken kiezen hun eigen grondwettelijk gemarkeerde wegen uit de vele die naar het Rome van de collectieve arbeidsvoorwaarden leiden.¹²⁰⁴

7.3.6 Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Ontslagbescherming valt in Duitsland te herleiden tot algemene en tot specifieke wettelijke aanknopingspunten. Werknemers genieten ontslagbescherming op grond van de algemene bepalingen van art. 138 BGB (Sittenwidriges Rechtsgeschäft). Een andere bepaling is art. 242 BGB (Leistung nach Treu und Glauben). Verder bevat art. 620-628 BGB voorschriften voor ontslagverlening, waaronder ontslag op staande voet.

Voor de specifieke inhoudelijke afweging regelt het KSchG voor ondernemingen met in de regel meer dan tien werknemers bescherming tegen sociaal onrechtvaardig ontslag. Dat is ontslag in de gevallen genoemd in art. 1 KSchG:

- (1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
- (2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. (...)
- (...)

¹²⁰¹ Pahlke 1983, p. 194.

¹²⁰² Pahlke 1983, p. 200.

¹²⁰³ Von Campenhausen 1993, p. 108.

¹²⁰⁴ Wat verschil van inzicht over de te kiezen wegen niet uitsluit, zoals de strijdvrage over het door een vakbond geclaimde recht actief te zijn in een kerkgenootschap uitwijst. BAG 19 januari 1982, 1 AZR 279/81 (Vollmarstein).

Ongeschiktheid voor het werk vanwege persoonlijke omstandigheden, zoals ziekte, vanwege het gedrag als werknemer, bijvoorbeeld werkweigering, of vanwege dringende omstandigheden in verband met de bedrijfsvoering staan een sociaal gerechtvaardigd ontslag niet in de weg. In alle gevallen dient een ontslag daarbij aan drie criteria te voldoen. In de eerste plaats is er nooit sprake van automatisch ontslag. Het verlenen van het ontslag moet zelf toetsbaar zijn als resultante van een belangenafweging. In de tweede plaats is ontslag een uiterste middel, wat betekent dat minder vergaande maatregelen zijn overwogen, maar buiten beeld blijven. In de derde plaats is het aan de werkgever gronden voor het ontslag aan te voeren.

Dit vooropgesteld, dient de bescherming van het KSchG vooral ontslag op grond van discriminatoire overwegingen. Ontslag op grond van onder andere geslacht, godsdienst of levensovertuiging, of seksuele geaardheid is sociaal niet gerechtvaardigd en derhalve unwirksam, ofwel nietig. Het niet van toepassing zijn van het KSchG betekent niet dat het beginsel van sociaal gerechtvaardigd ontslag geen doorwerking kan hebben in de toepassing van andere wettelijke bepalingen. Zo heeft het BAG een ontslag verleend tijdens de proeftijd van zes maanden, waarin de bescherming van het KSchG dus nog niet kon worden ingebracht, in strijd geacht met de goede trouw (Treu und Glauben) van art. 242 BGB, omdat alleen de homoseksualiteit van de ontslagen werknemer grond was voor het ontslag.¹²⁰⁵

Ook op kerken is het KSchG van toepassing, met inachtneming evenwel van het zelfbeschikkingsrecht.¹²⁰⁶ De grote vrijheid die kerken bij het geven van ontslag is toebedeeld, dient in het teken te staan van de vraag naar de verhouding tussen de grond voor het ontslag en de arbeidsverhouding. Een zwaarwegende grond voor ontslag van een werknemer van een kerk kan zijn het maken van een inbreuk op uit de kerkelijke autonomie voortvloeiende kaders die het dienstverband in kwestie omgeven.¹²⁰⁷ De (liefst gedocumenteerde) eis van een houding van loyaliteit en goede trouw die relateert aan het kerkelijke Selbstverständnis is het uitgangspunt bij de gerechtelijke toetsing. Toepassing van het KSchG maakt geen inbreuk op de inhoudelijke beoordelingsvrijheid, maar zorgt ervoor dat de afweging gestalte krijgt langs de weg van procedurele waarborgen ter bescherming van de belangen van de werknemer.

De kerkelijke autonomie geldt niet voor overige tendensinstellingen die niet tot een kerk behoren. Concreet betekent het dat voor werknemers die geen Tendenzträger zijn, de reguliere regels voor het verlenen van ontslag gelden. In dat kader kan dan, zo nodig, de weging van grondrechten plaatsvinden.¹²⁰⁸ Strijd met de identiteit in verband met de persoon van de werknemer als reden voor ontslag, is alleen van toepassing op werknemers die als Tendenzträger zijn aan te merken. Iets anders is dat gedrag dat de identiteit in gevaar brengt, ook andere werknemers valt aan te rekenen. Wanneer van dergelijk gedrag precies sprake is, is van geval tot geval omstreden.¹²⁰⁹

1205 BAG 23 juni 1994, 2 AZR 617/93, NZA 1994, S. 1080 (Ontslag homoseksuele werknemer).

1206 Schaub, Koch & Linck 2002, p. 1481.

1207 Schaub, Koch & Linck 2002, p. 1425.

1208 BVerfG 14 januari 2008, 1 BvR 273/03 (Kündigung ohne Abmahnung III).

1209 Schaub, Koch & Linck 2002, p. 1488.

7.3.7 Conclusie

In de wetgeving is de positie van tendensinstellingen stevig gewaarborgd. Het GG waarborgt de vrijheid van vereniging voor Religionsgesellschaften (kerken en verwante instellingen). Een kerk kan als 'Körperschaft des öffentlichen Rechtes' aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. Onder Religionsgesellschaften worden ook gerekend verenigingen die zich een gemeenschappelijke beleving van een levensbeschouwing tot doel hebben gesteld. Organisatorische samenhang hoeft niet altijd een vereiste te zijn. Overige tendensinstellingen kunnen derhalve onder de autonomie vallen waarop de kerk aanspraak mag maken, mits deze daarmee zijn verbonden. Het gaat om instellingen op het terrein van onder meer zorg en onderwijs.

Het AGG beoogt benadeling op een aantal gronden, zoals geslacht, godsdienst en levensbeschouwing en seksuele geaardheid, tegen te gaan. Een verschil in behandeling is toegestaan wanneer deze grond vanwege de aard van de activiteit of de context waarin deze plaatsvindt een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste daaraan evenredig is. Een verschil in behandeling vanwege godsdienst of levensovertuiging is ook toegestaan voor tendensinstellingen wanneer een bepaalde godsdienst of levensbeschouwing met het oog op het Selbstverständnis (de grondslag), met inachtneming van het Selbstbestimmungsrecht of de aard van de activiteiten een gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt. De betreffende tendensinstellingen zijn benoemd als 'Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen'. Het verbod op verschil in behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging laat onverlet het recht van betreffende instellingen van hun werknemers een houding van loyaliteit en goede trouw aan de grondslag te verlangen.

De oorsprong van het concept tendensinstelling is te vinden in het BetrVG. In Duitsland wordt medezeggenschap vanuit historisch ontwikkelingsperspectief een zwaardere betekenis toegekend dan in Nederland. De wat sterkere rol van de ondernemingsraad in de Duitse situatie komt tot uiting in de opschortende rol bij een voorgenomen ontslag, waarbij identiteit een rol kan spelen. Het BetrVG bevat uitzonderingsbepalingen voor Tendenzbetriebe, of Tendenzunternehmen. Voor het tendenskarakter van een instelling zijn niet de persoonlijke opvattingen van de werkgever van belang, maar de objectiveerbare doelstellingen van de instelling. De bescherming van de identiteit richt zich overwegend op het doen en laten van de dragers van de identiteit in de arbeidsorganisatie, de Tendenzträger. De kerk (Religionsgesellschaft of Religionsgemeinschaft) geniet een ruimere bescherming, doordat deze eenvoudig van de werking van het BetrVG is uitgezonderd.

Het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht, waarvan het TGV de kaders vastlegt, bevat voor de tendensinstelling geen uitzonderingspositie. De kerk is van het TVG uitgezonderd.

In het ontslagrecht is het KSchG een wettelijke regeling die in het bijzonder van belang is voor gevallen van ontslag in verband met discriminatoire overwe-

gingen. Het KSchG geldt ook voor de kerk, waarbij inhoudelijk is beoogd recht te doen aan de bijzondere positie van dit type werkgever. Een zwaarwegende grond voor ontslag kan zijn het maken van een inbreuk op uit de kerkelijke autonomie voortvloeiende kaders die het dienstverband omgeven. Bij de gerechtelijke toetsing is de eis van een houding van loyaliteit en goede trouw, die terugvoert op het kerkelijke Selbstverständnis, het uitgangspunt. De bepalingen van het KSchG moeten vooral worden gezien als processuele waarborgen voor de werknemer in kwestie. Voor werknemers van een tendensinstelling die niet tot een kerk behoren, gelden de reguliere regels voor het verlenen van ontslag. In dat kader kan dan de weging van grondrechten plaatsvinden. Het beoordelen welke werknemer (is er sprake van een Tendenzträger?) in welk geval de identiteit van de werkgever in gevaar brengt, is een kwestie van casuïstiek.

7.4 Ontwikkelingen

7.4.1 Inleiding

Na het bespreken van de wetgeving richten we de blik op de praktijk. Aan de hand van jurisprudentie wordt nagegaan hoe de rechtspraak in Duitsland omgaat met vragen rond het werkgeverschap van kerken en overige tendensinstellingen. Verschillende gerechtelijke instanties komen langs, zodat eerst een overzicht wordt gegeven van het Duitse rechtssysteem op het terrein van het arbeidsrecht. Daarna volgt de toetsing in een aantal concrete gevallen en lijnen die daaruit kunnen worden getrokken. Voor de benadering van de tendensinstelling niet zonder betekenis, is de kritiek die de Europese Commissie door middel van een formele ingebrekestelling heeft geuit op de wijze waarop Duitsland de Kaderrichtlijn in het AGG heeft verwerkt. Op zowel de kritiek als de reactie van de Duitse regering wordt ingegaan.

7.4.2 Gerechtelijke instanties

De eigenheid van het Duitse arbeidsrecht komt ook tot uiting in de organisatie van de rechterlijke macht. Het rechtssysteem laat zich kennen tegen de achtergrond van de Tweede Wereldoorlog. Op verschillende terreinen moet een uitgebreid stelsel van *checks and balances* uiteenlopende organen in evenwicht houden om een concentratie van macht en eventueel daaruit voortkomende desastreuze gevolgen te voorkomen.¹²¹⁰

Het belangrijkste rechtsprekende lichaam in de Bondsrepubliek Duitsland is het constitutionele hof in Karlsruhe. Het Bundesverfassungsgericht is constitutioneel orgaan én hoogste gerecht van de Bondsrepubliek. Het kan uitspraken van andere gerechten die in strijd zijn met de grondwet nietig verklaren. Voor het arbeidsrecht

¹²¹⁰ Jacobs 1993, p. 16.

van belang is dat ook het privaatrecht steeds overeenkomstig de grondwet moet worden uitgelegd en toegepast. Iedere gerechtelijke instantie is bevoegd een wet aan de Grondwet of het recht van een deelstaat aan het in rang hogere recht van de bond te toetsen. Alleen het Bundesverfassungsgericht is uiteindelijk bevoegd wetten in strijd met de grondwet te verklaren. Mocht een lagere rechter in een concreet geval tot de conclusie komen dat van strijdigheid met de grondwet sprake is, dan zal eerst het BVerfG zich daarover moeten uitspreken.¹²¹¹

Op het niveau van de deelstaat kennen de burgerlijke rechtspleging en de strafrechtspraak Amtsgerichte als laagste rechtsprekende instantie, met daarboven het Landgericht en daar weer boven het Oberlandesgericht. Boven deze landelijke instanties staat het Bundesgerichtshof als hoogste rechtbank op federaal niveau. De rechtspleging voor de rechtsgebieden bestuur, financiën, sociale zaken en arbeidszaken is echter in afzonderlijke kolommen ondergebracht. Op het niveau van de deelstaat bestaat elke kolom uit twee lagen. Van de gerechten die zich uitsluitend met arbeidszaken bezighouden, zijn de Arbeitsgerichte de laagste rechtsprekende instantie. Daarvan telt Duitsland er 122. Daarboven staan 19 Landesarbeitsgerichte (LAG). Op federaal niveau volgt het Bundesarbeitsgericht (BAG).¹²¹²

7.4.3 Lijnen uit de jurisprudentie

Loyale houding

In de Duitse jurisprudentie hebben tendensinstellingen, en dan met name de kerken, tot voor kort een ruime marge gekregen bij het stellen van identiteitseisen aan werknemers. Onmiskenbaar is de doorwerking van het AGG waarneembaar bij het beoordelen van de positie van de tendensinstelling als werkgever. In het navolgende wordt ingegaan op de afwegingen zoals deze worden gemaakt om de positie van de tendenswerkgever en werknemer tegenover elkaar helder te krijgen. Aan het eind van dit onderdeel zal naar voren komen dat om te beginnen de vraag of de werkgever op een bijzondere positie aanspraak kan maken, cruciaal is.

De erkenning van het belang van een loyale houding van werknemers van een tendensinstelling ten opzichte van identiteit heeft het EHRM al jaren eerder benoemd in de bekende Rommelfanger-zaak.¹²¹³ Het EHRM hanteert als uitgangspunt dat de vrijheid van meningsuiting, in casu in geding, de werknemer tegen onredelijke eisen van diens werkgever beschermt, zelfs al zijn deze in een geldige arbeidsovereenkomst neergelegd. De Duitse wetgeving moet deze vrijheid waarborgen.¹²¹⁴ Maar aansluitend stelt het EHRM dat wanneer, zoals in het onderhavige geval, de werkgever een organisatie is die op bepaalde overtuigingen en waardeoordelen is gebaseerd die zij als wezenlijk voor de uitoefening van haar taken in de

1211 Sagel-Grande 2004, p. 236-239. Overigens hebben sommige Länder zelf een Verfassungsgericht, maar voor de rechtspraak zijn vooral de uitspraken van het BVerfG richtinggevend.

1212 Sagel-Grande 2004, p. 262.

1213 ECRM 6 september 1989, 12242/86, D.R. 62, (151) 161 (Rommelfanger/Duitsland).

1214 Zo zet het AGG ook aan tot een actieve houding. Art. 12 AGG verplicht de werkgever tot het treffen van maatregelen om benadeling wegens de in art. 1 AGG genoemde gronden tegen te gaan.

samenleving beschouwt, het in feite in lijn met de vereisten van het EVRM is ook aan de vrijheid van meningsuiting van de werkgever een passende reikwijdte toe te kennen. Een tendensinstelling is niet in staat deze vrijheid daadwerkelijk uit te oefenen zonder het stellen van zekere eisen van loyaliteit aan de medewerkers. De veronderstelling van een vanzelfsprekende eis van loyaliteit beantwoordt aan de grondgedachte achter de bescherming in Duitsland van de eigen positie van de kerk en de daarbij aangesloten tendensinstelling als werkgever. De status aparte krijgt erkenning in het arbeidsrecht.

Een journalist die een voormalige commandant van de grenstroepen van de eveneens voormalige DDR alle ruimte geeft te mijmeren over de bouw van de Muur en de (onvermijdelijkheid van) slachtoffers van de grens die Duitsland doormidden spleet, zonder in zijn artikel de schaduwkant ook maar enigszins over het voetlicht te brengen, treedt de 'publizistischen Grundsätzen und Leitlinien' van zijn werkgever met de voeten. Het vaststellen van een zwaar vergrijp tegen het gebod van Tendenzloyalität is in dit geval eenvoudig. Over deze loyaliteit oordeelt de rechter:¹²¹⁵

'Diesem Gebot kann der Redakteur nicht abweichende eigene Überzeugungen unter Berufung auf seine Meinungs- und Gewissensfreiheit entgegenhalten, weil er auf diese Freiheiten bei Abschluss des Arbeitsvertrages im Rahmen der ihm bekannten Tendenz bis auf ein grundrechtlich gebotenes Mindestmaß verzichtet hat.'

De arbeidsverhoudingen in een tendensinstelling brengen dusdanige verplichtingen met zich, dat inbreuk op het Tendenz-karakter tot ontslag kan leiden. In het onderhavige geval loopt het met een sisser af. Gelet op de uitstekende staat van dienst van de redacteur alsmede het incidentele karakter van zijn uitglijd acht het LAG Sachsen-Anhalt een minder vergaande sanctie op zijn plaats. Het BVerfG spreekt in deze zaak uit dat de grondrechten van de werkgever en van de werknemer tegen elkaar moeten worden afgewogen.¹²¹⁶ Het BVerfG kan instemmen met de afweging van het LAG:¹²¹⁷

'Die Pressetätigkeit wird nicht schon dadurch einem mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbaren Einfluss fremder oder staatlicher Stellen unterworfen, dass die Arbeitsgerichte das Verhalten eines Tendenzträgers eigenständig auf seine Bedeutung für die Tendenzverwirklichung hin gewichten und hierbei nicht allein die Auffassung des Presseunternehmens den Ausschlag dafür gibt, ob der Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine tendenzbezogenen Pflichten schwer genug wiegt, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen und dies eventuell sogar ohne vorherige Abmahnung.'

De rechten van een tendenswerkgever die geen kerkelijk werkgever is, wegen min-

1215 LAG Sachsen-Anhalt 9 juli 2002, 8 Sa 40/02 (Kündigung ohne Abmahnung I).

1216 De werkgever stelde tevergeefs een Verfassungsbeschwerde in bij het BVerfG, nadat het BAG had geweigerd de zaak in revisie te nemen. BAG (besluit) 10 december 2002, 3 AZN 623/02 (Kündigung ohne Abmahnung II).

1217 BVerfG 14 januari 2008, BvR 273/03 (Kündigung ohne Abmahnung III).

der zwaar dan die van een tendenswerkgever waarvoor het kerkelijk arbeidsrecht geldt, stelt het BVerfG in deze zaak.

Een voor de kerkelijke werkgever belangwekkende ontslagzaak gaat over een commercieel administratief medewerker aan een door een rooms-katholieke orde in stand gehouden jongerentehuis. De man breekt met de Rooms-Katholieke Kerk en krijgt ontslag. Niet het functioneren van de werknemer, maar de niet langer gedeelde identiteit met de werkgever is de reden. Om de rechtsverhouding ten opzichte van de tendensinstelling helder te krijgen, zou het BVerfG kunnen kiezen voor de benadering dat de functie kaufmännischer Angestellter niet rechtstreeks aan de identiteit raakt. De beroepsmatige activiteiten verschillen in geen enkel opzicht van de activiteiten van een commercieel administratief medewerker (boekhouder) in een soortgelijke positie bij een niet-kerkelijke werkgever. Deze benadering gaat voorbij aan de vraag naar de betekenis van het feit dat de man in dienst is van een tendensinstelling voor welke de rooms-katholieke identiteit funderend is voor het nastreven van de doelstellingen. Van deze identiteit heeft de medewerker bewust en openlijk afstand genomen. Het BVerfG erkent impliciet de rechtmatigheid van het ontslag door de redenering over te nemen van het jongerentehuis dat de breuk met de kerk het einde van het werk meebrengt.¹²¹⁸

‘Der Kirchenaustritt verträgt sich aus der Sicht der Kirche weder mit ihrer Glaubwürdigkeit noch mit der von ih[r] geforderten vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien.’

Een samenwerken op basis van wederzijds vertrouwen (een houding van loyaliteit en goede trouw uit de latere Kaderrichtlijn klinkt hierin door), verdraagt zich niet met het uittreden uit de kerk. Voor de kerkelijke werkgever oordeelt het BVerfG dat deze bevoegd is:

‘(...) den ihr angehörenden Arbeitnehmern die Beachtung jedenfalls der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre aufzuerlegen und zu verlangen, daß sie nicht gegen die fundamentalen Verpflichtungen verstoßen, die sich aus der Zugehörigkeit zur Kirche ergeben und die jedem Kirchenglied obliegen. Denn für die Kirchen kann ihre Glaubwürdigkeit davon abhängen, daß ihre Mitglieder, die in ein Arbeitsverhältnis zu ihnen treten, die kirchliche Ordnung – auch in ihrer Lebensführung – respektieren.’

Werknemers onderschrijven de wezenlijke beginselen van de kerk en gedragen zich daarnaar. De geloofwaardigheid van de kerk is immers in het geding. Het gaat hier om verplichtingen op grond van de identiteit van de werkgever als zodanig. Het BVerfG laat in deze uitspraak de tendensinstelling, een aan een kerk verbonden instelling, veel ruimte.

Nuancerings op de positie van de kerkelijke werkgever zijn te vinden in de twee in Hoofdstuk 4 uitvoerig besproken uitspraken van het EHRM in de zaken

¹²¹⁸ BVerfG 4 juni 1985, BvR 70/138 (Kerkelijke werkgever). Deze uitspraak wordt in vrijwel iedere uitspraak aangehaald waarin de positie van het kerkelijk arbeidsrecht ter discussie staat.

van Schüth en Obst tegen Duitsland.¹²¹⁹ Functie-eisen en een houding van loyaliteit moeten in verhouding staan met een afweging van de belangen van de werknemer. De positie in de arbeidsorganisatie en de alternatieven voor de werknemer bij het niet langer voldoen aan de functie-eisen spelen daarin een rol. De benadering van het EHRM sluit aan bij de kritiek van Zeckeï op het gegeven dat het BVerfG geen functioneel verband vereist tussen de uitoefening van de functie en het lidmaatschap van de kerk.¹²²⁰ Het rechtvaardigen van een ontslagmotief dat geen betrekking heeft op de inhoud van de functie roept bij Zeckeï de vraag op of een kerkelijke werkgever oneigenlijk wordt bevoordeeld ten opzichte van een 'reguliere' werkgever. In het verlengde daarvan neemt Zeckeï stelling op een wijze die aansluit bij de benadering in het CGB-oordeel over de keukenmedewerker van het Leger des Heils. Een tendensinstelling die eisen stelt op basis van de identiteit, moet duidelijk maken hoe de identiteit in de functie doorklinkt. Hoe verder de 'kernfuncties' van de instelling vandaan staan, des te minder identiteitsbepaalde eisen kunnen worden gesteld. Zeckeï bepleit een grondwettelijk verbod op het vorderen van een bepaalde status van werknemers die niet als Tendenzträger zijn aangemerkt.¹²²¹

Afweging van grondrechten

Intussen lijkt bij het BVerfG een beweging waarneembaar in de richting van meer aandacht aan de afweging van grondwettelijke rechten en vrijheden van de werknemer met de rechten van de werkgever:¹²²²

'Damit wird eine Relativierung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gegenüber den Grundrechten des gekündigten Arbeitnehmers erreicht. Dies steht dann auch weitgehend im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben, die eben von einer nur begrenzten Schutzbedürftigkeit des Gestaltungsspielraums der Kirchen ausgehen.'

Een voorbeeld is een uitspraak over een kleuterleidster die haar kerk verlaat wegens de bekoringen van een sekte, een overstap die ze cachet verleent door een zendingsdrang voor haar nieuwe liefde aan de dag te leggen.¹²²³ Het BVerfG benoemt hier expliciet aandacht voor het zoeken van een balans (Güterabwägung) in de gerechtelijke beoordeling tussen de vrijheid van meningsuiting van de kleuterleidster en de kerkelijke autonomie die deze beperkt. Thüsing commentarieert daarop dat de afweging reeds heeft plaatsgevonden in het GG, namelijk daar waar de autonomie van Religionsgesellschaften is erkend:¹²²⁴

'Keine Freibrief für die Kirchen also, sondern eine Verfassungskonforme, ausgewogene Einpassung.'

1219 EHRM 23 september 2010, 1620/03 (Schüth/Duitsland). EHRM 23 september 2010, 425/03 (Obst/Duitsland).

1220 Zeckeï 2008, p. 168.

1221 Zeckeï 2008, p. 169.

1222 Der Kirchenaustritt als arbeitsrechtliches Problem, Redaktion arbeitsrecht.de, 25 februari 2009. <<http://de.dir.groups.yahoo.com/group/AGMAV-ORG-Newsletter/message/500>>.

1223 BVerfG 31 januari 2001, NZA 2001, S. 717 (Sektarische kleuterleidster).

1224 Thüsing 2006, p. 18.

Het oordeel van het BVerfG maakt echter duidelijk dat het ontbreken van een vrijbrief wel moet nopen tot een telkens terugkerende afweging in concrete gevallen die zich voordoen. Een verwijzing zonder meer naar de autonomie van de kerken, zoals Thüsing voorstaat, volstaat niet.

Een afweging tussen verschillende grondrechten hoeft niet per definitie te leiden tot een beperkte ruimte voor de kerken, zoals de uitspraken van het EHRM in de zaken Schüth en Obst al uitwezen. Een oordeel van het BVerfG wijst uit dat de grondwettelijk beschermde vrijheid van geweten kan wijken voor zowel het kerkelijke zelfbeschikkingsrecht alsook voor (andere) grondwettelijk beschermde belangen van de werkgever. De context waarbinnen deze afweging wordt gemaakt, is een door hoogleraar theologie Lüdemann aangetekende Verfassungsbeschwerde, het eindpunt van een jarenlange juridische strijd tussen de theoloog en zijn werkgever, de faculteit theologie van Universität Göttingen.¹²²⁵

Het conflict voert terug naar 1998, wanneer Lüdemann voor geen misverstand vatbaar afscheid neemt van het christelijk geloof.¹²²⁶ Als reactie op het afvallen en aansluitend aanvallen van dit geloof neemt de faculteit theologie de hoogleraar zijn vak

‘Nieuwe Testament’ uit handen, en wijst hem in plaats daarvan ‘Geschiedenis en literatuur van het vroege christendom’ toe.¹²²⁷ Vast een boeiend vak, maar anders dan het eerste geen examenvak voor aankomende theologen en godsdienstleraren. De faculteit acht het beproeven van theologen in veiliger handen bij een godgeleerde die theos niet loochent. Het BVerfG argumenteert dat de theologische faculteit als ‘glaubensgebundene Einrichtung’ deel uitmaakt en tevens functie is van de Evangelische Kirche. Omdat de faculteit ook deel uitmaakt van de universiteit, raakt deze zaak kerk en staat. Dat vergt een delicate balans, waarbij het recht op interne autonomie van de kerk in acht moet worden genomen. In de bewoordingen van het BVerfG heet het:¹²²⁸

‘Der Staat habe das Recht, die laubahnrechtlichen Voraussetzungen des Personals festzulegen, während der Kirche das alleinige Recht zustehe, ihre Maßstäbe bei der inhaltlichen Festlegung der Lehre, bei der Auswahl des Lehrpersonals und bei der Ausgestaltung und Abnahme der auch von ihr anerkannten Prüfungen durchzusetzen. Dieses kirchliche Recht sei Ausfluss des durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleisteten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.’

In overeenstemming met de door de faculteit gewenste invulling, dient het ambt van hoogleraar volgens het Duitse constitutionele hof ‘bekenntnisgebunden’, ofwel vanuit de geloofsovertuiging te worden uitgeoefend. Het BVerfG motiveert:¹²²⁹

1225 Een Verfassungsbeschwerde is een rechtsgang die het particulieren mogelijk maakt bij het BVerfG een (vermeende) schending van grondwettelijke rechten aanhangig te maken.

1226 Lüdemann zet zijn afscheid kracht bij met harde kritiek op christenen die aan ‘opstandingswaanin’ lijden, gebaseerd op wat hij bestempelt als fantasieën van de volgelingen van Jezus, waaronder die van de wegens een vermeende verkrachting hallucinerende Maria.

1227 De uitspraak laat ruimte voor volgende conflicten over het recht van docenten aan de universiteit op hun door het BVerfG erkende deel aan de ‘amtsprägenden Tätigkeit der Studentenausbildung und der Nachwuchsförderung’, ook afgezien van de te examineren vakken zelf. Dit thema valt echter buiten het arbeidsrechtelijke kader.

1228 BVerfG 28 oktober 2008, 1 BvR 426/06 (Afvallige theoloog).

1229 BVerfG 28 oktober 2008, 1 BvR 426/06 (Afvallige theoloog).

‘Die beamteten Hochschullehrer der Theologischen Fakultät üben ein konfessionsgebundenes Amt aus, dessen Bindung sich aus der ebenfalls konfessionsgebundenen Stellung dieser Fakultät ergebe. Ihr Lehrgegenstand “Theologie” sei nur als glaubensgebundenes, konfessionell ausgerichtetes Fach denkbar. Im Unterschied zu den Lehrgegenständen anderer Fakultäten sei der konfessionell ausgerichtete Glaube für die Theologie nicht nur Gegenstand, sondern auch Voraussetzung, Fundament und Ziel ihrer Erkenntnisbemühungen. Dementsprechend sei es Aufgabe der Theologischen Fakultät, den Glauben nicht nur mit wissenschaftlichen Mitteln zu durchdringen, sondern auch, ihn zu entfalten und an seiner Verkündung mitzuwirken.’

Samengevat, het waarborgen van de ‘Bekennnismäßigkeit der in ihrem Bereich vertretenen konfessionellen Lehre’ is een grondwettelijk recht van de faculteit. De grondrechten van de werknemer moeten daarvoor wijken.

De oordelen van het BAG zijn in lijn met die van het BVerfG.¹²³⁰ Zo acht het BAG het gerechtvaardigd dat een lerares ontslag krijgt van het rooms-katholieke Missionsgymnasium, omdat ze met een gescheiden man in het huwelijk is getreden.¹²³¹ Sterker verband met de functie houdt het ondertekenen door een arts in opleiding aan het St. Petri-Krankenhaus van een lezerspetitie van het blad Stern ten faveure van abortus provocatus bij ongewenste zwangerschap. Voor het rooms-katholieke ziekenhuis waar hij werkzaam is, geeft dit aanleiding tot het verlenen van ontslag.¹²³² Onmiskienbaar verband met de functie houdt een verschil van mening tussen werkgever en werknemer over de verenigbaarheid van een door de laatste voorgestane behandelingsmethode met de identiteit van de instelling. Om specifieker te zijn, homologe inseminatie door een arts in een rooms-katholiek ziekenhuis kan in strijd zijn met de grondslagen van de Rooms-Katholieke Kerk en aanleiding geven tot gerechtvaardigd ontslag bij het ongeautoriseerd daarvan toepassen.¹²³³

Identiteitseisen kunnen ook betrekking hebben op een neutrale of seculiere identiteit. De werkgever kan op basis van de identiteit vergaande eisen stellen, blijkt uit een revisiezaak voor het BAG over een hoofddoekverbod. De onderwijswetgeving van de deelstaat Noordrijnland-Westfalen voorziet in het handhaven van een strikte neutraliteit op onderwijsinstellingen. Het BAG oordeelt dat het verbod op het dragen van een hoofddoek is toegestaan.¹²³⁴

‘Das Verbot soll schon einer abstrakten Gefahr vorbeugen, um konkrete Gefährdungen gar nicht erst aufkommen zu lassen. Im Gesetzeswortlaut kommt dies darin zum Ausdruck, dass religiöse Bekundungen bereits dann verboten sind, wenn sie “geeignet” sind, die genannten Schutzgüter zu gefährden.’

Het toestaan van een hoofddoek zou mogelijk de indruk kunnen wekken dat er zelfs een voorbeeldfunctie van uitgaat, aldus het BAG. De inbreuk op de neutrali-

1230 Koch, Schaub & Link 2002, p. 1481.

1231 BAG NJW 1985, S. 1855 (Lerares Missionsgymnasium).

1232 BAG 21 oktober 1982, NJW 1984, S. 826 (Lezersbrief Stern).

1233 BAG 7 oktober 1993, NJW 1994, S. 3032 (Homologe inseminatie).

1234 BAG 12 oktober 2009, AZR 55/09 (Kopftuchverbod).

teit hoeft niet concreet te zijn, maar mag een louter abstract karakter hebben. Het feit dat de betreffende leerkracht Turks alleen aan moslimkinderen onderwijst, die op vrijwillige basis aan de lessen deelnemen, staat niet in de weg aan de inbreuk op de neutraliteit. Het BAG:

‘Vielmehr gewinnt die religiöse Neutralität gerade dort Bedeutung, wo ihre Verletzung als religiöse Parteinahme gewertet werden kann. Das ist bei einem von den Anhängern eines Glaubens nicht einhellig befolgten religiös bestimmten Brauch wie dem Tragen eines Kopftuchs in besonderem Maße der Fall, weil der Eindruck entstehen kann, durch die Duldung des Brauchs werde er gewissermaßen offiziell als verbindlich und sogar vorbildlich anerkannt. Eben diese Parteinahme soll durch das Gesetz vermieden werden.’

Het vermijden van godsdienstige of levensbeschouwelijke conflicten in het onderwijs wordt een dusdanig grote maatschappelijke verworvenheid geacht, dat de wettelijk gesanctioneerde inbreuk op de vrijheid van godsdienst in kwestie is gerechtvaardigd.

Verband tussen identiteitseisen en functie

Een beweging in de richting van een striktere toetsing van identiteitseisen, ingezet door het BVerfG en inmiddels benadrukt door het EHRM, is zichtbaar. Het verschil van waardering van te stellen eisen aan onderscheiden functies, in Duitsland omschreven als het onderscheid tussen Randbereik en Kernbereik (en wat, om de definiëring te bemoeilijken, daartussenin zit) wint terrein in de Duitse rechtspraak.

Een niet mis te verstaan negatief signaal voor de tendensinstelling gaat uit van een rechtszaak over een moslima die in Hamburg als maatschappelijk werkster solliciteert bij een welzijnsinstelling van de Evangelische Kirche in Deutschland (EKD). Hoewel de sollicitante haar religie niet in praktijk brengt, vormt de islam voor het Diakonische Werk Hamburg een belemmering de vrouw als Integrationslotsin in dienst te nemen. Het Diakonische Werk heeft een erkende status als ‘Wesens- und Lebensäußerung’ van de EKD. Buiten kijf staat dat de instelling behalve bescherming van de specifiek wettelijk gereguleerde tendensstatus ook aanspraak maakt op het grondwettelijk gewaarborgde zelfbeschikkingsrecht. De sollicitante beargumenteert voor het Arbeitsgericht Hamburg waarom het echter voor de functie niet uitmaakt of ze al dan niet lid is van de kerk. Het Arbeitsgericht Hamburg vonnist dat de functie niet voldoende tot de ‘Verkündungsnähe’ (zu den Glaubensgrundsätzen, of: verkündungsnähe Bereich) van de kerk kan worden gerekend. Het Diakonische Werk maakt zich aan ‘benachteiligung’ in de zin van het AGG schuldig. Het Arbeitsgericht Hamburg veroordeelt het Diakonische Werk Hamburg tot het betalen van drie maandsalarissen aan de sollicitante.¹²³⁵

In hoger beroep bij het LAG Hamburg beroept het Diakonische Werk zich op overweging 24 in de preambule van de Kaderrichtlijn naar Verklaring nr. 11 bij de slotakte van het Verdrag van Amsterdam. Daarin staat dat EU geen afbreuk doet

¹²³⁵ Arbeitsgericht Hamburg 4 december 2007, 20 Ca 105/07 (Sociaal Werkster I).

aan de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationale recht in de lidstaten hebben, en deze eerbiedigt. De EU eerbiedigt evenzeer de status van levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties. Dit betekent volgens het Diakonische Werk dat de grote ruimte die het GG inruimt voor tendensinstellingen van belang is voor de uitleg van het AGG. Het LAG Hamburg overweegt echter dat de Duitse rechtspraktijk tendensinstellingen ten onrechte meer ruimte biedt dan de Kaderrichtlijn.¹²³⁶

‘Die europäischen Vorgaben des Diskriminierungsschutzes sowie das Gebot der europarechtskonformen Auslegung beschränkten die Selbstverwaltung der Kirche. Artikel 4 der Richtlinie 2000/78/EG statuiert keine umfassende Freistellung der Kirche von dem Benachteiligungsverbot. Danach sei eine Ungleichbehandlung nur zulässig, wenn angesichts des Ethos der Organisation die Religion der Person nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle. Danach räume das europäische Recht den Kirchen Tendenzschutz ein, nicht aber eine Position, die dem bisherigen deutschen Verständnis des Selbstbestimmungsrechts entspreche.’

Het LAG Hamburg trekt de conclusie dat van niet-benadeling op grond van art. 9 AGG slechts sprake kan zijn wanneer de concrete invulling van de functie daartoe aanleiding geeft. Daarvan is in het concrete geval geen sprake, waarbij het Diakonische Werk wordt gewezen op het niet consequent eisen van het kerklidmaatschap voor het vervullen van openstaande betrekkingen. Cruciaal is de constatering:¹²³⁷

‘Der Beklagte habe nicht plausibel dargelegt, dass die Stelle dem verkündungsnahen Bereich zuzurechnen sei.’

Desondanks wordt het Diakonische Werk in hoger beroep in het gelijk gesteld. Het breekt de sollicitante op dat alleen van benadeling sprake kan zijn bij gebleken geschiktheid voor de functie. Aan deze voorwaarde blijkt de sollicitante bij nadere toetsing niet te voldoen, zodat de vraag naar de juiste uitleg van het AGG, de Kaderrichtlijn en het GG naar de achtergrond verschuift. Uit de overwegingen die het LAG Hamburg wél aan deze uitleg wijdt, blijkt echter in klare taal een resolute beweging in de richting van een inperking van de rechten van de kerk bij het stellen van eisen aan werknemers. Vice-president Güntau van het kerkelijk bureau van de EKD laat in een reactie weten dat het door het LAG Hamburg aangebrachte onderscheid tussen verkündungsnahе taken en verkündungsferne bezigheden strijdig is met het GG.¹²³⁸

‘Das der Kirche und ihrer Diakonie durch das Grundgesetz garantierte Selbstbestimmungsrecht ermöglicht ihnen, die Begründung eines Arbeitsverhältnisses

1236 LAG Hamburg 29 oktober 2008, 3 Sa 15/08 (Sociaal Werkster II).

1237 LAG Hamburg 29 oktober 2008, 3 Sa 15/08 (Sociaal Werkster II).

1238 Diakonisches Werk Hamburg 18 februari 2008, Persbericht, ‘Diakonisches Werk Hamburg geht beim Diskriminierungsurteil in die Berufung. Kirche und Diakonie dürfen Kirchenzugehörigkeit fordern’.

ohne Rücksicht auf die Art der Tätigkeit von der Kirchenmitgliedschaft abhängig zu machen. An dieser Verfassungsrechtslage hat auch das AGG nichts geändert.'

Voor de koepel van antidiscriminatieorganisaties Antidiskriminierungsverband Deutschland (advd) gaat het LAG Hamburg daarentegen nog niet ver genoeg. De advd laat weten met onbegrip kennis te hebben genomen van de uitspraak. Kern van het probleem is voor de advd dat reeds het informeren naar de bereidheid lid te worden van de kerk, op gelijke voet zou moeten worden gesteld met het toetsen of aan de vereisten voor de functie is voldaan. Voorzitter Kobes:¹²³⁹

'Bei dem Anruf aus der Personalabteilung mit der Frage, ob die Klägerin bereit sei, in die Kirche einzutreten habe es sich um einen Vorgang gehandelt, der mit der Überprüfung der Vollständigkeit von Bewerbungsunterlagen gleichzusetzen sei.'

In een revisieprocedure spreekt het BAG zich niet inhoudelijk over de veronderstelde benadeling uit.¹²⁴⁰ De eis van de sollicitante wordt afgewezen, opnieuw op grond van de overweging dat ze niet aan wezenlijke beroepsvereisten voldoet.¹²⁴¹

De afweging tussen verschillende rechten en vrijheden komt pas aan de orde wanneer sprake is van een kerk of Religionsgemeinschaft. Bij het bespreken van het BetrVG was Scientology een voorbeeld van een beweging die hierop geen aanspraak mag maken. In Duitsland zijn veel rechtszaken rond en over Scientology gevoerd.¹²⁴² In een daarvan heeft het BAG, na eerdere behandeling in het Arbeitsgericht Hamburg en het LAG Hamburg, uitgesproken dat deze onderneming geen aanspraak kan maken op de grondwettelijke bescherming van kerken en religieuze gemeenschappen, hoewel de vereniging zichzelf statutair als kerk aanmerkt.¹²⁴³ Er vindt een grondige afweging plaats:

'(...) Vielmehr muß es sich auch tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion und Religionsgemeinschaft handeln. (...) Ob es sich um eine Religion und eine Religionsgemeinschaft handelt, haben die Gerichte zu entscheiden. Sie üben dabei allerdings keine freie Bestimmungsmacht aus, sondern haben den von der Verfassung gemeinten oder vorausgesetzten, dem Sinn und Zweck der grundrechtlichen Verbürgung entsprechenden Begriff der Religion zugrunde zu legen. Maßgebend dafür können sein die aktuelle Lebenswirklichkeit, Kulturtradition und allgemeines wie auch religionswissenschaftliches Verständnis.

1239 Persbericht Antidiskriminierungsverband Deutschland (advd), 'Antidiskriminierungsverband Deutschland hofft auf Zulassung der Revision im Diakonie-Urteil durch Bundesarbeitsgericht', Berlijn, 4 maart 2009. Zie ook: Persbericht advd, 'Diskriminierung aufgrund der Religion erneut vor Gericht!', 22 jni 2009. <<http://www.antidiskriminierung.org/?q=node/286>>.

1240 Een Revision is onder meer aan de orde wanneer een uitspraak van een LAG rechtsvragen van dusdanig (grondwettelijk) gewicht opwerpt, dat het BAG daarover uitsluitsel moet geven. Zie voor de gevallen waarin van een Revision sprake kan zijn: <<http://www.bundesarbeitsgericht.de/dasgericht/aufgaben.html>>.

1241 BAG 19 augustus 2010, AZ:8, AZR 466/09 (Sociaal Werkster III).

1242 Informatie en verdere verwijzingen naar publicaties en gerechtelijke uitspraken over Scientology: <<http://www.religio.de/publik/deufaq.html>>. <<http://www.ingo-heinemann.de/Steuern.htm>> en <http://www.bundestag.de/htdocs_e/documents/research_papers/2007/index.html>.

1243 BAG 23 maart 1995, 5 AZB 21/94 (Scientology III). Arbeitsgericht Hamburg 12 augustus 1993, 8 Ca 556/92 (Scientology I). LAG Hamburg 31 mei 1994, 6 Ta 24/93 (Scientology II).

(...) Unter Religion oder Weltanschauung versteht die Rechtsprechung eine mit der Person des Menschen verbundene Gewißheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens. Die Religion legt eine den Menschen überschreitende und umgreifende ("transzendente") Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche ("immanente") Bezüge beschränkt (...). Eine Vereinigung ist dann als Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft i.S. des Grundgesetzes anzusehen, wenn ihre Mitglieder oder Anhänger auf der Grundlage gemeinsamer religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen eine unter ihnen bestehende Übereinstimmung über Sinn und Bewältigung des menschlichen Lebens bezeugen. (...) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verliert eine Vereinigung ihre Eigenschaft als Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft i.S. der Art. 4, 140 GG, 137 WRV nicht allein dadurch, daß sie überwiegend politisch oder erwerbswirtschaftlich tätig ist (...). In welcher Weise eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft ihre Finanzverhältnisse gestaltet, hat sie kraft ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie (Art. 140 GG, 137 WRV) grundsätzlich selbst zu entscheiden. Sie kann – je nach Rechtsform – Steuern oder Mitgliedsbeiträge erheben. Sie hat auch das Recht, für Güter oder Dienstleistungen mit einem unmittelbar religiösen oder weltanschaulichen Bezug, wie z.B. für die Unterrichtung in Lehren der Gemeinschaft, Entgelte zu verlangen. Dienen aber die religiösen oder weltanschaulichen Lehren nur als Vorwand für die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele, kann von einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft i.S. der Art. 4, 140 GG, 137 WRV nicht mehr gesprochen werden (...). Um einen solchen Fall handelt es sich hier.'

Het BAG hanteert het zelfbeschikkingsrecht van kerken bezien in het licht van de tekst en de bedoeling van het GG als uitgangspunt. Het is mogelijk dat de activiteiten overwegend politiek of bedrijfseconomisch van aard zijn. Van fundamenteel belang is dan wel dat de bezigheden moeten zijn gericht op het verwezenlijken van de godsdienstige of levensbeschouwelijke doelstellingen. De grens wordt overschreden wanneer de identiteitsbepaalde doelstellingen slechts als dekmantel dienen voor het eigenlijke doel, in concreto het maken van winst.¹²⁴⁴

Tendenzträger

Voor overige tendensinstellingen moet de vraag beantwoording krijgen of de positie van de werknemer valt aan te merken als wezenlijk voor de identiteit. Deze vraag, die betrekking heeft op een Tendenzbetrieb, doet zich voor in hoger beroep bij het LAG Hamburg. Voor de duiding, eerst de juridische omkadering. Een werkgever die tot ontslag wil overgaan, moet vooraf de mening van de Betriebsrat vragen. De in art. 102 BetrVG omschreven procedure van Anhörung is verplicht voor het kunnen laten ingaan van het ontslag.¹²⁴⁵ Wanneer de Betriebsrat op in de wet limitatief genoemde gronden laat weten bezwaar te hebben tegen het ontslag,

¹²⁴⁴ BAG 23 maart 1995, 5 AZB 21/94 (Scientology III). Meer hierover in paragraaf 7.4.3.

¹²⁴⁵ De procedure laat zich vergelijken met de preventieve ontslagtoetsing in Nederland. Jacobs 1993, p. 131.

kan de werkgever de ontslagprocedure desondanks doorzetten. Dankzij de tegenkanting (Widerspruch) door de Betriebsrat maakt de betreffende werknemer gedurende de periode dat de ontslagprocedure loopt, toch aanspraak op voortzetting van het dienstverband en het daarbij behorende loon. Voor tendensinstellingen ligt dat anders. Weliswaar kan de Betriebsrat een tegenkanting laten horen tegen het ontslag van een Tendenzträger. Het rechtsgevolg van tijdelijke voortzetting van de arbeidsovereenkomst blijft daarop echter uit. Volgens een dagbladonderneming valt een eindredacteur van wie het voorgenomen ontslag tot een tegenkanting van de zijde van de ondernemingsraad leidt, onder de laatste categorie. Geen tijdelijke voortzetting van de dienstbetrekking en geen salaris. In hoger beroep acht het LAG Hamburg de Widerspruch ongegrond. Maar de redenering dat de eindredacteur een Tendenzträger is, krijgt geen navolging. Het LAG Hamburg gaat zover onderscheid aan te brengen tussen de functie Schlussredakteur en Textredakteur. Het eerste type eindredacteur bewaakt de aangeleverde teksten 'slechts' in taaltechnische zin, het tweede zou een meer inhoudelijke rol hebben. De bijbehorende motivering.¹²⁴⁶

'27. Textredakteure recherchieren, schreiben und redigieren Beiträge auf angemessenem inhaltlichem und sprachlichem Niveau. Die Klägerin hat durch Vorlage zweier eidesstattlichen Versicherungen in der Berufungsinstanz dargelegt und glaubhaft gemacht, dass Textredakteure über eine qualifizierte journalistische Ausbildung (Volontariat oder Journalistenschule) und/oder über eine langjährige Berufserfahrung verfügen. Auch bei Berücksichtigung der Zeiten, in denen die Beklagte Leserbriefe bearbeitete und Buchrezensionen verfasste, verfügt sie über diese Voraussetzungen nicht. Die in den eidesstattlichen Versicherungen angegebene – verkürzte – Ausbildung im Umfang von 1,5 Jahren zeigt, dass eine Vergleichbarkeit nicht gegeben ist und der Betriebsrat deshalb auch von einem "zumutbaren Übergangszeitraum", nicht von einer Einarbeitungszeit spricht.

28. Schlussredakteure/innen brauchen keine Kreativität im Aufspüren von Themen zu entwickeln, von ihnen wird keine große Recherche-Geschicklichkeit oder Begabung für das Verfassen von Kommentaren und Essays verlangt. Viel wichtiger sind für das Berufsfeld eines Schlussredakteurs hartnäckige Konstanz und ein unermüdliches Durchsetzungsvermögen. Konsequenterweise sind Schlussredakteure deshalb anders als Textredakteure keine Tendenzträger.'

Het beoordelen van de vraag of een werknemer als Tendenzträger kan gelden, komt regelmatig voor in de Duitse jurisprudentie. Een andere uitvoerige afweging op detailniveau is te vinden in een oordeel van het BAG over de vraag in hoeverre een chef van een kostuumafdeling van een theatergezelschap nu maatgevende invloed heeft op de identiteit van zijn werkgever.¹²⁴⁷ Gerechtiglijk wikken en wegen wijst op het juridische belang van het onderscheid tussen werknemers die werkzaamheden verrichten die aan de identiteit raken, en overige werknemers.

¹²⁴⁶ LAG Hamburg 22 oktober 2008, 5 SaGa 5/08 (Ontslag eindredacteur).

¹²⁴⁷ BAG 13 februari 2007, 1 ABR 14/06 (Chef kostuumafdeling).

Moll & Henke komen tot de conclusie dat het erom gaat of de prestatie die de werknemer verricht als typerend voor de identiteit kan worden beschouwd.¹²⁴⁸

‘Eine Tendenzträgereigenschaft ist zu bejahen, wenn dem Arbeitnehmer ein konkreter eigenverantwortlicher Gestaltungsspielraum verbleibt, selbst wenn dieser durch allgemeine Weisungen und Richtlinien eingeschränkt ist.’

De jurisprudentie die tot deze conclusie leidt, vergt van de werkgever een grote spankracht om een minutieus onderscheid te maken tussen verschillende soorten werknemers.

Aantasting tendenskarakter

De bescherming van de identiteit heeft grenzen, zeker voor de tendensinstelling die niet tot een kerk behoort. De rechten van medewerkers van Tendenzbetriebe mogen slechts dan worden ingeperkt, indien en voor zover het Tendenz-karakter feitelijk in het geding is. Een restrictieve interpretatie van de tendensbescherming is te vinden in een uitspraak van het BVerfG in een zaak waarin een mediaonderneming een beroep doet op het tendenskarakter van het bedrijf. De identiteitsdoelstelling moet dusdanig ernstig worden benadeeld dat het grondrecht van persvrijheid gevaar kan lopen.¹²⁴⁹

‘Die Gerichte sind im Ansatz davon ausgegangen, dass Beteiligungsrechte des Betriebsrats nur insoweit zurücktreten müssten, wie durch ihre Ausübung die Freiheit des Verlegers zur Tendenzbestimmung und Tendenzverwirklichung ernsthaft beeinträchtigt und damit das Grundrecht der Pressefreiheit verletzt werden könne.’

Een soortgelijke strenge benadering is te vinden in de zaak van De ‘Berliner Kurier’, die de werktijden probeert te wijzigen zonder rekening te houden met de ondernemingsraad. Het besluit valt in slechte aarde bij een groep medewerkers die een toeslag voor overuren misloopt. Het beroep op de uitzonderingsbepaling voor de tendensinstelling die de personeelsvertegenwoordiging buitenspel zet, faalt voor de rechter. In een toelichting op de uitspraak inzake de daarop ingestelde Verfassungsbeschwerde stelt het BVerfG:¹²⁵⁰

‘Nicht die Kalkulation, sondern nur das Ziel der ungehinderten Verwirklichung der Tendenzentscheidung muß mitbestimmungsfrei bleiben.’

Zelfs al betreft het maatregelen die wezenlijk samenhangen met het Tendenz-karakter, dan nog is beslissend of invloed op de concrete uitwerking ervan een mogelijke bedreiging zou kunnen betekenen voor de beschermde identiteit.

¹²⁴⁸ Moll & Henke 2004, p. 532.

¹²⁴⁹ BVerfG 15 december 1999, 1 BvR 505/95, 694/90 en 729/92 (Vastleggen arbeidstijd).

¹²⁵⁰ BVerfG 29 december 1999, ‘Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festlegung der Arbeitszeit von Redakteuren/Mitarbeitern in einem Presseunternehmen/Rundfunksender’, *Pressemitteilung* nr. 150/99.

7.4.4 Kritiek Europese Commissie

Ook in Duitsland is de positie van de tendensinstelling nadrukkelijker in een Europees perspectief komen te staan.¹²⁵¹ In het voorgaande is reeds geattendeerd op de vraag of de systematiek van het AGG ten aanzien van de tendensinstelling voldoet aan de vereisten van de Kaderrichtlijn. Evenals in Nederland de Awgb, staat het AGG bloot aan kritische observatie door de Europese Commissie. Deze paragraaf zal ingaan op de voor de tendensinstelling relevante discussiepunten.

Begin 2007 vraagt de Europese Commissie de Duitse regering opheldering over de wijze waarop onder meer de Kaderrichtlijn vertaling heeft gekregen in het AGG.¹²⁵² De vragen blijven tot enkele punten beperkt, bijvoorbeeld over de verhouding tussen de ontslagbescherming in het AGG en het KSchG en over de uitsluiting in het AGG van bepaalde groepen personen in overheidsdienst door de definitie van het arbeidsinkomen in de wet. In het voorjaar volgt een bondige reactie uit Berlijn.¹²⁵³ Daarmee is de kous niet af. Begin 2008 maant de Europese Commissie elf EU-lidstaten de Europese regelgeving tegen discriminatie in werk en beroep op grond van levensbeschouwing, geloof, handicap en seksuele oriëntatie volledig door te voeren.¹²⁵⁴ Ook Duitsland wordt op grond van art. 226 EG-Verdrag in gebreke gesteld.¹²⁵⁵

Een minutieus onderzoek van het AGG heeft de Europese Commissie tot de conclusie gebracht dat Duitsland de verplichting om de richtlijn om te zetten 'niet in volle omvang' is nagekomen. De ingebrekestelling wijst op veronderstelde lacunes in de ontslagbescherming. Voor de Europese Commissie is de verwijzing in het AGG in deze naar andere wetgeving op dit terrein problematisch.¹²⁵⁶

Duitsland wordt ook in gebreke gesteld voor de uitzonderingsbepalingen voor kerken. Art. 9 lid 1 AGG biedt meer ruimte dan art. 4 Kaderrichtlijn. De Kaderrichtlijn laat ruimte voor onderscheid met betrekking tot 'de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend'. Het AGG geeft aan kerken verder ook nog eens de vrijheid op grond van hun autonomie, te weten door middel van de combinatie van Selbstverständnis en daaruit voortvloeiend Selbstbestimmungsrecht, vast te stellen wat een gerechtvaardigd beroepsvereiste is. In de relatie tussen kerkelijke autonomie en de overheid die daarvan de begrenzingen aangeeft, schuilt het probleem.¹²⁵⁷

'Die in Deutschland aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht abgeleitete Einordnung des Kirchenaustritts als Kündigungsgrund steht schließlich auch in Konflikt mit geltendem Europarecht. Dieses nämlich kennt für Kirchen in-

¹²⁵¹ Seifert 2005, p. 179, 191.

¹²⁵² *Schreiben der Europäischen Kommission* 2007.

¹²⁵³ *Stellungnahme der Bundesregierung* 2007.

¹²⁵⁴ Het betreft in het bijzonder Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot het instellen van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep ('Kaderrichtlijn'), *PbEG* 2000, L 303/16, die vanaf december 2003 in de nationale wetgeving van de lidstaten moet vastliggen.

¹²⁵⁵ *Vertragsverletzungsverfahren* 2008.

¹²⁵⁶ *Vertragsverletzungsverfahren* 2008, p. 4.

¹²⁵⁷ Der Kirchenaustritt als arbeitsrechtliches Problem, Redaktion arbeitsrecht.de, 25 februari 2009. <<http://de.dir.groups.yahoo.com/group/AGMAV-ORG-Newsletter/message/500>>.

nerhalb der EU grundsätzlich nur einen sog. Tendenzschutz. Die Grenzen des Schutzbereichs definieren nicht die Kirchen selbst, sondern vielmehr der Staat; der Gestaltungsspielraum ist auf einen Kern der kirchlichen Selbstbestimmung zurückgenommen.'

De Europese Commissie motiveert waarom de begrenzungen van de bescherming van de identiteit te ruim zou zijn bemeten:¹²⁵⁸

'Es würde dazu führen dass eine Religionsgemeinschaft eine bestimmte berufliche Anforderung allein aufgrund ihres Selbstbestimmungsrecht festlegen könnte, ohne dass diese bestimmte Anforderung in Bezug auf die konkrete Tätigkeit auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen wäre. Diese Art der Umsetzung entspricht nicht der Vorgaben der Richtlinie.

(...)

Das Ethos einer Organisation spielt für die Festlegung einer beruflichen Anforderung gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie eine Rolle, es kann aber nicht das alleinige Kriterium bleiben, sondern es muss außerdem nach der Art der Tätigkeit und der Umstände der Ausübung differenziert werden.'

Of deze beperkende uitleg recht doet aan de Kaderrichtlijn, is maar de vraag. Zo merkt Schnabel in zijn bespreking van de verhouding tussen deze richtlijn en het kerkelijk arbeidsrecht op, dat de Europese wetgever met art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn inhoudelijk verder gaat dan in min of meer dezelfde bewoordingen herhalen van het voorgaande lid. Voor functies als priester, rabbijn, imam of godsdienstleraar valt al nauwelijks te twijfelen over de toepassing van de wezenlijke beroepsvereisten van art. 4 lid 1 Kaderrichtlijn. De wezenlijke meerwaarde van art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn is te vinden in de erkenning van het belang van de collectieve omkadering waarbinnen deze beroepsmatige activiteiten plaatsvinden. Schnabel merkt hierover op:¹²⁵⁹

'Die Ausweitung über die religiösen Schlüsselberufe hinaus liefert im Schutzzweck der Ausnahmeklausel begründet: dem Schutz der für die Genese der Menschenrechte konstitutiven Glaubensfreiheit, die religiöse Gemeinschaften und Einrichtungen auch dann erfasst, wenn sie in rein funktionaler Betrachtung als Arbeitgeber in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts geraten.'

Naar aanleiding van de ingebrekestelling komen voorjaar 2008 ook vanuit de Duitse Bondsdag vragen over vermeend tekortschieten om gelijke behandeling wettelijk te garanderen. Een ervan is of de bondsregering voornemens is met verbeteringsvoorstellen voor het AGG te komen. Vooruitlopend op de officiële reactie aan de Europese Commissie antwoordt de regering dit gelet op de huidige stand van zaken niet aanbevelenswaard te achten. De normstelling van de Kaderrichtlijn,

¹²⁵⁸ *Vertragsverletzungsverfahren* 2008, p. 5,6.

¹²⁵⁹ Schnabel 2008, p. 418.

aldus de regering, is bij het tot stand komen van het AGG grondig beproefd.¹²⁶⁰ In de optiek van de bondsregering voldoet het AGG aan een richtlijnconforme uitleg, waaronder eenduidigheid vanwege de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het individu. Anders dan de Europese Commissie meent, is van het in acht nemen van deze beginselen volgens de bondsregering ook sprake wanneer in de rechtspraak het toepassen van een richtlijnconforme uitleg nodig is in die gevallen waarin de normen van het AGG geen toepassing zouden moeten krijgen.¹²⁶¹

‘Die richtlinienkonforme Auslegung nationaler Rechtsvorschriften ist deutschen Gerichten nicht fremd. Aufgrund abstrakt genereller Formulierungen von nationalen Gesetzen und der Umsetzung von Richtlinien in bestehende Gesetze ist eine richtlinienkonforme Auslegungen nationaler Rechtsvorschriften möglich.’

In de zomer van 2008 volgt de formele reactie van de Duitse regering op de ingebrekestelling.¹²⁶² De noodzaak van het opnemen van specifieke bepalingen voor ontslagbescherming in het AGG is volgens de regering overbodig. Het Duitse civiele recht, het KSchG en enkele bijzondere regelingen zoals het Mutterschutzgesetz bieden voldoende waarborg voor uit de Kaderrichtlijn voortvloeiende verplichtingen. Haast zo kort is het antwoord van de regering op de kritiek dat een kerk op grond van autonomie zelf kan bepalen wat wezenlijke beroepsvereisten zijn, zonder daarbij rekening te hoeven houden met de verhouding tot de daadwerkelijk te vervullen taken. Art. 9 lid 1 AGG houdt rekening met deze bijzondere betekenis van de grondwettelijk gegarandeerde autonomie van kerken. De bepaling beweegt zich volgens de Duitse regering binnen de speelruimte die de lidstaten met het oog op grondwettelijke verplichtingen in art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn heeft gekregen, alsmede overweging 24 in de preambule van de Kaderrichtlijn. De Duitse bondsregering maakt de Europese Commissie hiermee duidelijk van oordeel te zijn dat in Europeesrechtelijk perspectief art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn weloverwogen een ruimere mate van bescherming mogelijk maakt dan art. 4 lid 1 Kaderrichtlijn. De diaconieuitspraak van het LAG Hamburg en de uitspraken van het EHRM in de zaken Schüth en Obst laten zien dat het laatste woord over de verenigbaarheid van het Duitse recht met de Europese normstelling nog niet is gesproken.¹²⁶³

7.4.5 Conclusie

In de jurisprudentie vindt de erkenning van de waarde van het vormgeven van de eigen identiteit door tendensinstellingen weerklank. Duitsland kent een uitgebreid stelsel van gerechtelijke instanties. Voor het arbeidsrecht zijn er Arbeitsgerichte, Landesarbeitsgerichte en het BAG. Een bijzondere positie neemt het BVerfG in.

¹²⁶⁰ *Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien* 2008, p. 2.

¹²⁶¹ *Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien* 2008, p. 3.

¹²⁶² *Überblick über die Kritik der Europäischen Kommission* 2008.

¹²⁶³ Het gaat dan om de voortzetting van een debat zoals dat al een aantal jaren speelt. Een illustratief voorbeeld voor de felheid waarmee het soms wordt gevoerd is te vinden in de radiotoespraak van Dietmar Michalke, namens de Bund für Geistesfreiheit: ‘Gedanken zum 1. Mai’, 27 april 2003.

Het constitutionele hof en hoogste gerecht van de Bondsrepubliek heeft het laatste woord in kwesties waarin de uitleg van het GG aan de orde is.

De grondwettelijk gefundeerde bijzondere positie als werkgever mag niet al te lichtvaardig in stelling worden gebracht. De Duitse rechter gaat daarom nauwkeurig na of sprake is van een kerk of (verwante) tendensinstelling. Bij een bevestigend antwoord op de vraag of van een arbeidsrechtelijke verhouding sprake is die in het teken staat van de identiteit van de werkgever, blijkt dat de ruimte voor het invullen van de identiteit door werkgever ruim is bemeten. Voor tendensinstellingen die niet als kerk zijn aan te merken, of daarbij horen, moet de bescherming op de Tendenzschutz zijn te baseren. Een ontwikkeling is zichtbaar in de richting van een sterker verband tussen te stellen eisen en de relatie met de functie.

Tegen het aanbreken van de eenentwintigste eeuw krijgt het BVerfG meer aandacht voor de afweging van grondrechten. Fundamentele rechten en vrijheden van de werknemer krijgen meer gewicht bij het beoordelen van conflicten in de arbeidssituatie. Verder is een ontwikkeling zichtbaar dat een sterker verband wordt gevestigd tussen te stellen eisen en de relatie met de functie. Uitspraken van het EHRM wijzen in dezelfde richting.

De Europese Commissie heeft de ruimte die Duitsland de tendensinstelling laat als te ruimhartig beoordeeld. Volgens Brussel beantwoordt het AGG niet aan de verplichting de Kaderrichtlijn correct in nationale wetgeving om te zetten, aanleiding voor een ingebrekestellingprocedure. De formele reactie van de Duitse Bondsregering kan als kort en krachtig worden gekarakteriseerd. In het licht van het gegeven dat de Duitse rechtspraak zich voldoende kritisch tegenover tendensinstellingen opstelt, lijkt de Duitse wetgever geen aanleiding te zien het AGG, in Duitsland bij uitstek de toetssteen voor de arbeidsrechtelijke speelruimte van tendensinstellingen, verder aan te scherpen. Het historische besef van het belang van een adequate bescherming van minderheden en de juridische waarborgen die daarmee zijn gemoeid, kunnen daarbij mogelijk een rol spelen.

7.5 Rechtsvergelijking

7.5.1 Inleiding

Het Duitse recht volgt ten aanzien van de tendensinstelling op grote lijnen dezelfde benadering als het Nederlandse recht. Op sommige onderdelen vallen verschillen waar te nemen. De toelichting zal als volgorde de in de vorige paragrafen behandelde deelgebieden aanhouden. Dat zijn de bespreking van het arbeidsrecht, diverse wetten en verder de lijnen die kunnen worden getrokken uit de jurisprudentie en kritiek van de Europese Commissie op de Duitse systematiek.

7.5.2 Deelgebieden

Arbeidsrecht

Het arbeidsrecht staat in Duitsland sterk in het teken van het constitutionele recht. De vraag naar de betekenis van de constitutie voor het arbeidsrecht treedt meer naar voren dan in Nederland. Een verklaring daarvoor is te vinden in het ontbreken van een eenduidig wettelijk gereguleerd kader, terwijl de afbakening van bevoegdheden tussen het federale niveau en dat van de deelstaten bovendien continu aandacht en zo nodig bijstelling vraagt. Dat laat onverlet dat ook in Nederland de GW op het terrein van het arbeidsrecht van betekenis is, zoals in Hoofdstuk 3 is uiteengezet.

De kenmerken van de arbeidsovereenkomst en de arbeidsvoorwaarden in Duitsland zijn in grote lijnen met die in Nederland vergelijkbaar. Veel sterker dan in Nederland het geval is, heeft in het Duitse recht de kerkelijke autonomie een sterke en ruime positie verworven. Het kirchliches Arbeitsrecht is erkend als eigenstandig onderdeel van het reguliere arbeidsrecht. De autonomie valt nader te specificeren als het Selbstbestimmungsrecht dat voortvloeit uit het Selbstverständnis over wat het betekent kerk of geloofsgemeenschap te zijn. Onder het kerkelijke arbeidsrecht vallen behalve kerken ook instellingen die aan de kerk zijn gelieerd. Anders dan in Nederland geeft niet de rechtsvorm of daarmee samenhangende organisatorische integratie de doorslag, maar het tendenskarakter van de instelling. Overige tendensinstellingen die niet rechtstreeks aan een kerk zijn gelieerd, kunnen aanspraak maken op Tendenzschutz. Hierbij gaat het om specifieke bepalingen ter bescherming van het tendenskarakter van de betreffende instelling.

Een concept dat van fundamenteel belang is, is dat van de Tendenzträger. Waar in Nederland de inhoud van de functie centraal staat bij vraagstukken rond de identiteit, wordt in Duitsland ten aanzien van de Tendenzbetriebe een rechtstreekse koppeling gemaakt met de positie van de functionaris. Om aanspraak te maken op tendensbescherming, moet de instelling aantonen dat de functie wezenlijk invloed heeft op de identiteit. In dat opzicht is de ruimte die het Duitse arbeidsrecht aan Tendenzbetriebe die de kerkelijke autonomie ontberen biedt, nauwer begrensd.

Grundgesetz (GG)

De eigenstandige positie van het kerkelijke arbeidsrecht valt op het GG terug te voeren. Historisch verklaarbaar ligt in Duitsland vooral een sterk accent op het beschermen van de rechten van minderheden. De doorwerking van grondrechten in het Duitse arbeidsrecht vindt via Mittelbare Drittwirkung plaats, wat betekent dat het rechtsgehalte van de grondrechten in het burgerlijke recht langs privaatrechtelijke weg inhoud krijgt. In Nederland heeft de doorwerking van grondrechten een impuls gekregen met het codificeren van het beginsel van gelijke behandeling. Als er al een verschil in accent tussen beide landen kan worden benoemd, want meer is het niet, dan is het dat de doorwerking van grondrechten in Nederland nadrukkelijker dan in Duitsland in het teken lijkt te staan van gelijke behandeling. Hoewel

een formele rangorde van grondrechten ontbreekt, schijnt in Nederland de voor het gebouw van het parlement in steen gebeitelde tekst van art. 1 GW zich sluipend tot primus inter pares te ontwikkelen.

Evenals in Nederland kan een tendensinstelling worden aangemerkt als drager van grondwettelijke rechten en vrijheden. Uit dien hoofde kan de tendensinstelling in de positie van werkgever aanspraak maken op grondwettelijke garanties. In de horizontale verhouding met de werknemer is van een andere afweging sprake dan in de verticale relatie met de overheid. Ook wat dat aangaat, is er geen verschil met Duitsland.

Afwijkend is de uitgebreidere uiteenzetting in art. 140 GG (dat verwijst naar art. 137 en 138 Deutsche Verfassung) over de rechten van religieuze instellingen in vergelijking met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in art. 6 GW. De in de Deutsche Verfassung onder woorden gebrachte en in de geschiedenis gewortelde vrijheid voor Religionsgesellschaften (kerken en verwante instellingen) naar eigen inzichten aan het maatschappelijk verkeer te kunnen deelnemen, maakt dat het GG zich laat kennen als een trefzekere waarborg voor de positie van kerken en daaraan verbonden instellingen.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Het AGG is de Duitse pendant van de Nederlandse Awgb. Anders dan de Awgb, die aan de Kaderrichtlijn voorafging, is het AGG een uitvloeisel daarvan. Evenals in Nederland ligt het zwaartepunt van het AGG bij de bescherming tegen discriminatie in werk en beroep.

In de Awgb gaat het om het maken van onderscheid. In het AGG staat centraal de vraag of er sprake is van unmittelbare of mittelbare Benachteiligung (art. 3 lid 1 en 2 AGG). Het begrip benadeling laat ruimte voor een meer genuanceerde afweging dan het Nederlandse begrip onderscheid. Het maken van onderscheid hoeft niet direct tot benadeling te leiden. Gradaties zijn mogelijk.¹²⁶⁴

Art. 8 en 9 AGG kennen tendensinstellingen een uitzonderingspositie toe. Een verschil met Nederland is dat de uitzondering ruimer is. Art. 5 lid 2 Awgb, om het terrein van de arbeid te benoemen, is op instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, instellingen op politieke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs van toepassing. Kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen zijn op grond van art. 3 Awgb uitgesloten van deze wet, althans voor zover het de interne verhoudingen betreft. Voor de externe verhoudingen geldt art. 5 Awgb. Om een voorbeeld te noemen: het gaat om het verschil tussen de organist (interne verhouding, dus art. 3 Awgb) versus de tuinman (externe verhouding, dus art. 5 Awgb). In de Duitse situatie geldt de met art. 5 Awgb vergelijkbare uitzonderingsbepaling voor kerken. Onder kerken kunnen vervolgens óók instellingen vallen die organisatorisch weliswaar niet tot de kerk zelf hoeven te worden gerekend, maar die daaraan zijn verbonden. Is het daardoor zo, dat in de Duitse situatie kerken ook voor de interne verhoudingen niet zijn uitgezonderd van het AGG? Dat is

¹²⁶⁴ Juist vanwege deze reden is de CGB tegen invoering van het benadelingscriterium. *Derde Evaluatie Awgb 2011*, p. 81. Zie ook: Bunschoten 2009, p. 11.

niet het geval. Het verschil zit in het feit dat de autonomie van kerken in Duitsland arbeidsrechtelijk een grotere reikwijdte heeft dan in Nederland. Als de kerk behalve aan de organist (interne verhouding in Nederland) ook aan de tuinman (externe verhouding in Nederland) identiteitseisen wil stellen, zal dat onder het AGG minder snel problemen opleveren dan onder de Awgb.

De autonomie werkt bovendien door voor tendensinstellingen die bij de kerk horen. Zoals gesteld, zijn er dat meer dan degene die in Nederland onder het begrip 'zelfstandige onderdelen' en 'andere genootschappen op geestelijke grondslag' vallen (art. 3 onder a Awgb). Het Selbstbestimmungsrecht, dat aan het Selbstverständnis ontspruit, laat meer ruimte voor het maken van eigen keuzes. Dat blijkt uit het gegeven dat de vereiste 'houding van loyaliteit en goede trouw' in Duitsland minder sterk aan een specifieke functie is gekoppeld, maar ziet op de samenhang in de arbeidsorganisatie, voor zover het de relatie met identiteit betreft. Kerken hebben geen vrijbrief om met een beroep op autonomie zonder nadere motivering lukraak eisen te kunnen stellen. De ruimte die ze hebben om eisen te kunnen stellen, is echter groter dan in Nederland.

Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

Zoals in Nederland genieten kerken op grond van hun autonomie een grote mate van bescherming. Toch is er ook voor overige tendensinstellingen gerichte aandacht. Dat is het geval in de wetgeving betreffende medezeggenschap. Daar waar de Nederlandse wetgever in de WOR geen plaats heeft ingeruimd voor identiteit, is het BetrVG te beschouwen als het oorspronkelijke document dat oog heeft voor de bescherming van de bijzondere positie van tendensinstellingen die geen kerk zijn, of daarbij behoren.

Vermeldenswaard is het belang in het BetrVG van het concept Tendenzträger in de systematiek van de wet. Functie-eisen moeten ertoe leiden dat de functionaris valt aan te merken als werknemer wiens doen en laten invloed heeft op de identiteit van de instelling. Dit kan in de praktijk leiden tot scherpstijperij over de vraag of de bevoegdheden van een eindredacteur hun begrenzing vinden in de wereld van de punten en komma's (geen Tendenzträger), of dat de ingrepen in teksten van de collega's een meer inhoudelijk karakter kunnen hebben (Tendenzträger).¹²⁶⁵

Dat de discussie in Duitsland vooral de mogelijke (ongewenste) invloed van de ondernemingsraad op het tendenskarakter van de instelling betreft, betekent van weeromstuit dat de vraag die zich in de Nederlandse situatie voordeed of werknemers überhaupt medezeggenschap zou toekomen, daar minder relevant is. Een verklaring voor de Duitse beduchtheid, sterker dan in Nederland, voor de invloed van de OR op het tendenskarakter is mogelijk te vinden in het feit dat medezeggenschap in Nederland vooral is te kenschetsen als een controlemodel.

¹²⁶⁵ Waar blijven zonder punten en komma's de letters en woorden?

Tarifvertragesgesetz (TVG)

De rol van de overheid bij de loonvorming is in Duitsland meer terughoudend dan in Nederland. De wettelijke regulering, met het TVG als raamwet, is ook beknopter en de rol van de CAO-partijen en de rechtspraak navenant groter. De CAO-bepalingen werken direct en dwingend in de arbeidsovereenkomst door. Van de voorschriften mag niet in het nadeel van de werknemer worden afgeweken.

Vanuit dat perspectief is voor de tendensinstelling de vraag relevant hoe de grondwettelijk gewaarborgde organisatievrijheid zich met het zelfbeschikkingsrecht van kerken verhoudt. Het BVerfG laat mogelijkheden open voor andere vormen van een zinvolle ordening van de arbeidsverhouding buiten het CAO-stelsel om. Dat betekent voor kerken in de praktijk de keuze voor een eigen CAO. Van een fundamenteel verschil met Nederland, de systematiek daargelaten, is geen sprake. Ook in Duitsland blijkt de CAO als instrument voor het waarborgen van de identiteit in de praktijk geen beduidende rol te hebben.

Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Het Duitse ontslagrecht biedt de werknemer gedegen waarborgen tegen sociaal onrechtvaardig ontslag. De werkgever heeft een sterke motiveringsplicht. Dit geldt ook voor kerken, die eveneens met de wettelijke voorschriften hebben te rekenen. De noodzaak tot onderbouwing maakt geen inbreuk op de kerkelijke autonomie. De ruimte die kerken in het arbeidsrecht is toebedeeld werkt door in het ontslagrecht. Parallel hieraan zijn de regels voor Tendenzbetriebe strenger. Voor de inhoudelijke afweging geldt dat zij buiten het houvast van autonomie om een ontslag inhoudelijk zullen moeten motiveren. Anders dan in Nederland is behalve de toetsing aan de functie ook van belang of de betreffende werknemer als Tendenzträger valt aan te merken. De vergelijking kan worden gemaakt met de toetsing in Nederland of de functie van belang is voor de identiteit.

Lijnen uit de jurisprudentie

De lijnen die uit de Duitse rechtspraak kunnen worden getrokken, bevestigen de eigen positie van de tendensinstelling in het arbeidsrecht. De besproken casussen laten zien hoe op hoofdlijnen de situatie parallel loopt met die aan de Nederlandse kant van de grens. Waarbij aangetekend dat de scherper afgebakende positie van kerken in de jurisprudentie doorwerkt.

In de uitspraken van het BVerfG, uit de aard van de instelling en de gevoerde procedures, maar ook uit die van het BAG, valt de grote rol op van grondrechten voor het arbeidsrecht in Duitsland. Nog altijd van eminente betekenis is de uitspraak over de boekhouder die door de Rooms-Katholieke Kerk de rug toe te keren, de identiteit van zijn werkgever niet langer kan delen, en vervolgens zijn betrekking moet opgeven. In de Nederlandse rechtspraak is geen voorbeeld te vinden van een dergelijk ruime interpretatie van de kerkelijke autonomie. De sterke gerichtheid op eisen die voor de functie nodig zijn, waarbij inbegrepen een deugdelijke onderbouwing van de kant van de werkgever, maakt een uitspraak als deze in

Nederland moeilijk voorstelbaar. Dat een breuk met de kerk leidt tot een breuk met het werk is denkbaar in die functies die kunnen worden gerekend tot het geestelijk ambt of tot de interne rechtsverhoudingen van het kerkgenootschap of een genootschap op geestelijke grondslag.

Wel maakt het BVerfG een beweging in de richting van een meer gerichte en beter gemotiveerde afweging van de rechten van de werknemer en de belangen van de werkgever. Ook het EHRM heeft duidelijk aangegeven dat een belangenafweging moet plaatsvinden die ziet op alle relevante omstandigheden, waarbij de eisen van identiteit vanuit de functie moeten kunnen worden gemotiveerd. Het LAG Hamburg gaat in de zaak rond de afgewezen moslima met een messcherp onderscheid tussen religieuze kernfuncties en functies in het randbereik ongekend ver. Dat laat onverlet dat in de Duitse rechtspraak de grondrechten van werknemers niet zonder meer afbreuk doen aan de grondwettelijk beschermde positie van de kerk als werkgever.

In overeenstemming met de wat steviger aangezette eisen die kerken aan een bredere kring werknemers kunnen eisen dan in de Nederlandse situatie op grond van de sterke functiegerichtheid mogelijk is, is het gewicht van een loyale houding aan de instelling als geheel. De in vergelijking met Nederland meer zelfstandig te beoordelen eis van een houding van goede trouw en loyaliteit aan de identiteit van de werkgever, die bij het bespreken van wetgeving al bleek, vindt weerklank in de rechtspraak.

In voorkomende gevallen gaat de Duitse rechter nauwkeurig na of sprake is van een kerk of van een bijbehorende tendensinstelling. Zo moet worden voorkomen dat de grondwettelijk gefundeerde bijzondere positie als kerkelijk werkgever lichtvaardig in stelling wordt gebracht. Geldt voor kerken en daaraan verbonden instellingen een ruime marge, overige tendensinstellingen zullen het moeten doen met bepalingen die specifiek op het beschermen van de identiteit zijn gericht. De inhoudelijke beoordeling gaat van start met de vraag of de betreffende werknemer Tendenzträger is. Pas bij een bevestigend antwoord is sprake van Tendenzschutz.

Tot besluit, als het gaat over het effectueren van het AGG, valt op dat Duitsland geen met de CGB vergelijkbare instelling kent. De Antidiskriminierungsverbände (art. 23 AGG) zijn het niet, maar ook het federale antidiscriminatieorgaan (art. 25 AGG) dat onder het Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend valt, steekt daarbij bleek af. Het grote verschil zit in de optie oordelen uit te spreken. De positie die de CGB in Nederland heeft verworven, stijgt boven de adviserende en publicitaire taken en bevoegdheden van de Duitse tegenhanger uit. De wettelijk bepaalde eenzijdige gerichtheid van de CGB op gelijke behandeling, daarbij gevoegd de versmalling in de beoordeling tot een instrumentalistische benadering van functie-eisen, vergroot in Nederland de kans op het uithollen van de positie van de tendensinstelling. Door het ontbreken van een Duitse evenknie, is de situatie voor de tendensinstelling in Duitsland gunstiger. Bij geschillen over het AGG kan de rechter van meet af aan alle aspecten van de situatie in de beoordeling betrekken, zonder het risico te lopen te vervallen in een dwangmatige overdimensionering van het aspect gelijke behandeling.

Kritiek Europese Commissie

De doorwerking van Europese regelgeving in het nationale arbeidsrecht komt tot uitdrukking op het terrein van gelijke behandeling. Van de Kaderrichtlijn, om de richtlijn te noemen die voor de tendensinstelling wezenlijke betekenis heeft, gaat onmiskenbaar een harmoniserende werking uit. In Nederland is dat door de Awgb nog eens langs de Europese lat te leggen, in Duitsland door langs de Europese lat het AGG te maken. Over het hanteren van de Europese lat bestaan verschillende inzichten, zo blijkt.

Zowel Nederland als Duitsland horen in het rijtje landen waarvan de Europese Commissie van mening is dat deze de Europese voorschriften van de Kaderrichtlijn niet op de juiste wijze in de nationale regelgeving hebben omgezet. Voor beide landen geldt dat de uitzonderingen die kerken hebben toebedacht gekregen, te ruim zouden zijn. Verschil is er ook. In de Nederlandse situatie schijnt de Europese Commissie het verschil tussen interne rechtsverhoudingen en externe rechtsverhoudingen van kerkgenootschappen niet helemaal te kunnen plaatsen. De vraag naar de juiste interpretatie van de beroepsvereisten van tendensinstellingen die niet onder een kerkgenootschap vallen, moet in de eerste plaats tegen deze achtergrond worden geplaatst. Ten aanzien van de Duitse situatie raakt het punt van kritiek direct aan het nagenoeg ontbreken van inhoudelijke toetsing van de vraag of door kerkelijke werkgevers te stellen beroepseisen gerechtvaardigd zijn. Deze kritiek is terug te voeren op het feit dat Duitsland op grond van het uit het Selbstverständnis voortvloeiend Selbstbestimmungsrecht daadwerkelijk relatief veel ruimte biedt aan kerken.

Valt de kritiek uit Brussel inhoudelijk terug te voeren op nuanceverschillen, omdat de teneur ten aanzien van Nederland en Duitsland hetzelfde is, het verschil in reactie tussen beide landen mag opmerkelijk heten. Nederland heeft gereageerd met het bestuderen van mogelijkheden de Awgb aan te scherpen. Duitsland tilt de kritiek daarentegen naar een hoger niveau, door de bewuste punten van kritiek te plaatsen in het bredere juridische en politieke kader waarin de Kaderrichtlijn moet worden gelezen. De historische ruimte die lidstaten van de Europese Unie genieten om tendensinstellingen beroepseisen te laten stellen die tot ongelijke behandeling dan wel benadeling kunnen leiden, is voor Duitsland niet iets om zonder slag of stoot prijs te geven. Wat onverlet laat dat de discussie over de Europese normgeving ook in Duitsland tot een meer straffe belangenafweging en daarmee verband houdende motiveringsplicht kan leiden.



Hoofdstuk 8

Synthese

8.1 Inleiding

In Hoofdstuk 8 komen de in de vorige hoofdstukken getrokken lijnen bij elkaar. Paragraaf 8.2 bespreekt de structuur van de tendensinstelling. Paragraaf 8.3 kent de tendensinstelling een eigen positie in het arbeidsrecht toe. Paragraaf 8.4 geeft vorm aan de doorwerking van het tendenswerkgeverschap in de arbeidsorganisatie.

8.2 Structuur van de tendensinstelling

8.2.1 Inleiding

De tendensinstelling treedt op als werkgever in het arbeidsrecht. Om deze positie te duiden, is het nodig uiteen te zetten wat het begrip inhoudt. In eerdere hoofdstukken is dit uitvoerig behandeld. In deze paragraaf worden eerst de inhoudelijke kenmerken op een rij gezet. Vervolgens kan een categorisering worden gegeven. Na het benoemen van de kenmerken van de tendensinstelling en de categorisering in verschillende soorten wordt aangegeven dat de doorwerking van het tendenskarakter in de arbeidsorganisatie gradaties kent.

8.2.2 Kenmerken

Term tendensinstelling

In de literatuur zijn verschillende aanknopingspunten voorhanden om tot een definitie van de tendensinstelling te komen. De keuze voor de term sluit aan bij die van Jacobs, die over de tendenswerkgever spreekt. Omdat het werkgeverschap één, zij het een belangrijk aspect van de tendensinstelling is, geniet het de voorkeur in breder verband de term instelling als tweede woord in de samenstelling te hanteren.

Andere benamingen zijn mogelijk. Zo bestrijkt de aanduiding gekleurde werkgever van Verhulp een veel breder, maar daarmee tevens minder precies afgebakend spectrum van werkgevers, omdat identiteit geen doorslaggevend criterium hoeft te

zijn. Het begrip tendens, dat aan het Duitse begrip Tendenz is ontleend, verwijst daarentegen naar een gerichtheid op een weloverwogen, richtinggevende identiteit. Identiteitsgebonden onderneming, een onder meer door Overbeeke & Geudens en Cuypers gebruikt en frequent voorkomend alternatief, suggereert ten onrechte gebondenheid aan identiteit als statische grootheid. Grondslaggebonden zou een betere optie zijn, maar in dat geval wordt het belang van de identiteit, waarin de grondslag tot uiting komt, miskend. De benaming onderneming wijst in de richting van het bedrijfsleven, terwijl voor de tendensinstelling het ideële karakter de doorslag geeft.

Ten slotte zou nog kunnen worden gekozen voor het gebruik van de term identiteit. De benaming identiteitsinstelling brengt de actieve gerichtheid vanuit de identiteit op het verwezenlijken van de doelstelling minder goed tot uitdrukking. Bovendien, zoals hierna wordt besproken, ziet de tendens specifiek op een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit.

Kenmerken

De term tendensinstelling veronderstelt een inhoudelijke afbakening om deze als instelling met een eigenstandig karakter te kunnen benoemen.

De tendensinstelling laat zich op vier kenmerken inhoudelijk karakteriseren:

1. De tendensinstelling is een organisatorisch samenwerkingsverband met een aan ideologische drijfveren ontleende identiteit. Het gaat om traditionele godsdiensten en coherente (politieke) ideologieën, niet om ongerichte culturele gebruiken of minder vastomlijnde maatschappelijke bewegingen. In de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6 GW, art. 9 EVRM) ligt de basis voor het toekennen van een eigenstandige positie voor de tendensinstelling. Het tendenskarakter ziet op een identiteit die zich collectief en in organisatorisch verband vanuit genoemde inspiratiebronnen laat voeden en richten.
2. De tendensinstelling streeft de doelstellingen rechtstreeks en overwegend vanuit de identiteit na. Hiertoe moeten de fundamentele uitgangspunten van de identiteit kenbaar, richtinggevend en controleerbaar zijn vastgelegd. Als uitingvormen zijn onder meer een grondslagdocument, statuten of een missie-statement denkbaar.
3. De tendensinstelling vergt intern van de werknemers een binding aan de identiteit. Betrokkenheid bij de identiteit is in de context van de noodzakelijke samenhang in de arbeidsorganisatie voor iedere functie van belang. Identiteitseisen kunnen in het licht van een organische dan wel institutionele visie op de arbeidsorganisatie, of een meer instrumentele benadering worden gezien. De organisatiecultuur richt zich naar de identiteit.
4. De tendensinstelling neemt extern als homogene eenheid aan het maatschappelijk verkeer deel. De identiteit heeft een dynamisch karakter in wisselwerking met de maatschappelijke omgeving. Het imago weerspiegelt extern de identiteit.

8.2.3 Categorisering

Afbakening in wetgeving

Het rechtskader van de tendensinstelling is verbrokken. Van gestructureerde aandacht in het recht kan niet worden gesproken. In het nationale en internationale recht ontbreekt een inhoudelijke afbakening van kenmerken waaraan de tendensinstelling kan worden herkend. In plaats daarvan worden verschillende soorten of groepen instellingen aangewezen die om ideële redenen een rechtens aparte benadering dienen te krijgen.

Van de bepalingen die specifiek op de tendensinstelling zijn gericht, zijn onderstaande de belangrijkste:

1. Art. 17 Verdrag van Lissabon bouwt voort op Verklaring 11 bij de slotakte van het Verdrag van Amsterdam.
 - a. Art. 17 lid 1 en 2 Verdrag van Lissabon stelt dat de EU de status eerbiedigt die 'kerken', 'religieuze verenigingen en gemeenschappen' en 'levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties' volgens het nationaal recht in de lidstaten hebben, en daaraan geen afbreuk doet.
 - b. Art. 17 lid 3 Verdrag van Lissabon stelt dat de EU een open, transparante en regelmatige dialoog voert met 'die kerken en organisaties', onder erkenning van hun identiteit en hun specifieke bijdrage.
2. Art. 4 lid 1 en 2 Kaderrichtlijn spreekt ten aanzien van de uitzonderingen bij de arbeid van de richtlijnbepalingen over 'kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd'.
3. Art. 118 BetrVG, de basis voor het concept tendensinstelling, regelt de gelding van de medezeggenschapswet voor 'Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften'.
 - a. Art. 118 lid 1 BetrVG bevat een uitzonderingsclausule voor 'Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend 1. politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder 2. Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes Anwendung findet, dienen'.
 - b. Art. 118 lid 2 BetrVG verklaart de wet op 'Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen' niet van toepassing.
4. Art. 2:2 BW regelt dat 'kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd', rechtspersoonlijkheid bezitten. Zij worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet.
5. Art. 3 onder a Awgb zondert rechtsverhoudingen binnen 'kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en de lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag' van de werking van de wet uit.
6. Art. 5 lid 2 onder a Awgb regelt de uitzondering op het verbod van onderscheid bij de arbeid voor een 'instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke

- grondslag'. Dezelfde uitzondering is in art. 5 lid 2 onder b Awgb van toepassing voor een 'instelling op politieke grondslag'. Het apart benoemen van de tweede instelling heeft als reden dat politieke gezindheid een verbodsgrond is in de Awgb. Art. 5 lid 2 onder c Awgb bevat een soortgelijke bepaling voor een 'instelling van bijzonder onderwijs'.
7. Art. 25 lid 1 onder a en b IW Awgb, de beoogde opvolger van art. 5 lid 2 onder a, b en c Awgb, spreekt over 'instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag' en over 'scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag'.
 8. Art. 2 lid 1 onder b BBA zondert personeel werkzaam aan 'onderwijsinrichtingen die onder beheer staan van een natuurlijk of rechtspersoon' uit van het BBA.
 9. Art. 17 lid 1 onder a en b WBP zondert 'kerkgenootschappen, zelfstandige onderdelen daarvan of andere genootschappen op geestelijke grondslag' en 'instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag' uit van het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens.

De bovenstaande lijst met wettelijke kwalificaties van de tendensinstelling laat zien dat een eenduidige terminologie ontbreekt. Toch wijst het gebruik van de genoemde termen in een zekere richting. De hoofdlijn is dat in de eerste plaats kerken (in Nederland kerkgenootschap genoemd) een aparte status toekomt. Daarbij wordt rekening gehouden met hun specifieke, uiteenlopende organisatorische verschijningsvorm. Dan volgt een groep gemeenschappen, genootschappen of organisaties op religieuze of geestelijke grondslag die geen kerk zijn. Apart benoemd worden vervolgens vaak instellingen van (bijzonder) onderwijs.

De reden voor de specifiek op genoemde instellingen gerichte bepalingen is in de eerste plaats gelegen in de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van onderwijs. Ook de vrijheid van meningsuiting geeft aanleiding tot een aparte regeling.

Categorisering

De differentiatie in de wetgeving heeft een reden. Een categorisering in verschillende typen tendensinstellingen is relevant vanwege het verschil in juridische bejegening. Op basis van de historisch gegroeide en rechtens erkende status, kan een onderscheid worden gemaakt tussen het kerkgenootschap en de groep overige tendensinstellingen. Het grote verschil in organisatievorming betekent dat ook de lichamen waarin de kerkgenootschappen zijn verenigd en de zelfstandige onderdelen die met het kerkgenootschap samenhangen, daaronder moeten worden gerekend. In de tweede groep geldt de instelling van bijzonder onderwijs als aparte categorie ten opzichte van de onbenoemde tendensinstelling.

De tendensinstelling kan als volgt worden onderverdeeld:

1. Kerkgenootschap:
 - a. kerkgenootschap en lichamen waarin het is verenigd;
 - b. zelfstandig onderdeel kerkgenootschap.
2. Overige tendensinstelling:
 - a. onderwijsinstelling;
 - b. onbenoemde tendensinstelling:
 1. instelling met ideëel karakter (met name actief op het maatschappelijk middenveld);
 2. instelling met commerciële inslag (met name actief in het bedrijfsleven).

Rechtspersoonsvormen

Een natuurlijk persoon kan een tendensinstelling drijven. Anders komt voor deelname aan het maatschappelijk verkeer een keuze uit een rechtspersoonsvorm aan de orde. Een drietal rechtsvormen komt naar voren als bij uitstek geschikt om de tendensinstelling aan het maatschappelijk verkeer te laten deelnemen. Zonder andere rechtspersoonsvormen uit te sluiten, gaat het om het kerkgenootschap, de burgerlijke of coöperatieve vereniging en de stichting.

Over de duiding van het begrip kerkgenootschap, de lichamen waarin het is verenigd en de zelfstandige onderdelen ervan is discussie en die zal ook blijven. In de loop van de jaren heeft de jurisprudentie de contouren van het kerkgenootschap bepaald die bij rechtsvragen in verband met de status als rechtspersoon aanknopingspunten geven. Behalve het kerkgenootschap alsmede de lichamen waarin het is verenigd, zijn ook hun zelfstandige onderdelen rechtspersoon.

De vereniging is de rechtspersoonsvorm die de mogelijkheid biedt in collectief verband op dezelfde wijze en in dezelfde verscheidenheid op te treden als door individuele personen. Voor samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid anders dan ten behoeve van de bedrijfsvoering ten bate van hun leden is de burgerlijke en de coöperatieve vereniging de aangewezen rechtsvorm. Voor de tendensinstelling moeten de statutaire activiteiten de vanuit de grondslag bepaalde doelstellingen dienen. Niet uitgesloten is dat bedrijfsmatige activiteiten met een ideëel oogmerk samengaan.

De rechtspersoonsvorm stichting is in de eerste plaats een instrument voor de verwezenlijking van de doeleinden die de oprichter(s) heeft/hebben gesteld. Het statutaire doel behelst in de regel een omschrijving van het terrein van werkzaamheden waarop de rechtspersoon zich kan bewegen. Dit doel moet worden onderscheiden van het einddoel, dat kan worden onderkend door de vraag te stellen waartoe de stichting in het leven is geroepen. Hoewel het statutaire doel van de stichting niet op winstverdeling mag zijn gericht, stelt de wet geen specifieke begrenzing aan het terrein van de werkzaamheden. Evenals bij de vereniging zijn bedrijfsmatige activiteiten (werkterrein) met een ideëel oogmerk (einddoel) te combineren.

In de praktijk komt het werkterrein van de stichting grotendeels met dat van de vereniging overeen. Voor de veelkleurigheid aan privaatrechtelijke instellingen

op het maatschappelijk middenveld die niet de wettelijke structuur van een samenwerkingsvorm hebben, biedt de wet de stichting als regeling waaraan deze rechtspersoonlijkheid kunnen ontleen.

8.2.4 Gradaties in tendenskarakter

Uit de kenmerken en categorisering blijkt dat binnen de aangegeven randvoorwaarden ruimte is voor een verscheidenheid van tendensinstellingen. Ook het tendenskarakter zelf kent gradaties. Al naar gelang de mate waarin de tendens, te weten de gerichtheid op de identiteit, nadrukkelijker op de voorgrond treedt, werkt de identiteit sterker in de arbeidsverhouding door.

De invalshoek van de institutionele theorie werpt een verhelderend licht op de eigenstandige positie van de tendensinstelling als werkgever in het arbeidsrecht. Toegespitst op het arbeidsrecht veronderstelt de identiteit van de instelling van de werknemers een sterkere betrokkenheid dan een louter contractuele gebondenheid teweegbrengt.

Werkgever en werknemer moeten over en weer weten wat de betrokkenheid bij de identiteit inhoudt. Om identiteitseisen aan werknemers te stellen, zal de tendensinstelling de betekenis van de identiteit concreet in de functie-inhoud tot uitdrukking moeten brengen. Identiteitseisen moeten verband houden met de functie zoals deze in het samenhangende verband van de gehele arbeidsorganisatie wordt uitgeoefend.

Gelet op het bestaan van gradaties in zowel het tendenskarakter als in onderscheiden functies in de arbeidsorganisatie, is er aanleiding ook gradaties aan te brengen in de mate waarin de werknemer zich aan de identiteit dient te conformeren. Naarmate het tendenskarakter van de instelling sterker op de voorgrond treedt en de functie meer betrekking heeft op de identiteit, mag een nadrukkelijker binding van de werknemer aan de identiteit worden gevergd.

In de literatuur zijn nuances te ontwaren over de mate van binding aan de identiteit. Jacobs opteert voor de mogelijkheid dat een tendenswerkgever alle medewerkers in dezelfde mate aan bijzondere eisen wil houden. Ook Vermeulen onderkent de wens van de werkgever tot een vergaande, persoonlijke betrokkenheid op de identiteit. Overbeeke & Geudens wijzen erop dat in een organische visie op het werkgeverschap het gewicht van de identiteit in meer functies tot gelding kan komen dan in een instrumentele benadering die specifiek op de functie is gericht. Verhulp acht vooral het gedrag van de werknemer in diens functie relevant, wat naar de instrumentele benadering neigt.

De binding aan de identiteit kan in twee hoofdgroepen worden onderscheiden: onderschrijven en respecteren. Het onderschrijven van de identiteit veronderstelt een zich in het kader van de arbeidsverhouding volledig conformeren aan de identiteit van de werkgever. De identiteit van de instelling, zoals gesteld een sociale constructie, ligt dan in het verlengde van de persoonlijke identiteit. In het respecteren ligt het uiteenlopen van de persoonlijke identiteit en die van de tendensinstelling besloten.

In het bijzonder wanneer de godsdienst of levensbeschouwing de tendensinstelling werkelijk 'draagt' en het tot de taak van de werknemers behoort daarin besloten liggende normen en waarden over te dragen, mag een vergaande identificatie met de identiteit van de werkgever worden geëist. In een kerkgenootschap geldt deze eis het zwaarst.

8.3 Positie van de tendensinstelling

8.3.1 Inleiding

De zojuist omschreven structuur van de tendensinstelling is zo onderscheidend dat een in juridisch opzicht aparte benadering is gerechtvaardigd. Met Duitsland als voorbeeld wordt in deze paragraaf betoogd dat een bijzondere wettelijke regeling mogelijk is, maar niet volstaat om alle aspecten van het tendenswerkgeverschap te regelen.

8.3.2 Duitsland als voorbeeld

Het concept van het tendenswerkgeverschap valt tot het Duitse medezeggenschapsrecht te herleiden. Vanuit het historisch te plaatsen relatief zware gewicht van medezeggenschap in het Duitse arbeidsrecht is verklaarbaar waarom juist de wetgeving die hiermee verband houdt, een aparte positie voor de tendensinstelling waarborgt. Bovendien is het Duitse arbeidsrecht voor een groot deel rechtersrecht. Waar codificatie ontbreekt, is per definitie geen wettelijke regulering voor de tendensinstelling voorhanden. De bescherming van de tendenswerkgever is mede hierdoor meteen vooral op het medezeggenschapsrecht gericht.

Voor de kring van werkgevers die als Tendenzbetrieb of Tendenzunternehmen kunnen worden gekenschetst, geldt dat wanneer het tendenskarakter in het gedrang dreigt te komen, bepalingen uit het BetrVG niet van toepassing zijn. Daarbij moet een belangrijke beperking in beschouwing worden genomen. In de jurisprudentie heeft de figuur van de Tendenzträger aan gewicht gewonnen. De rechter kijkt niet alleen of er sprake is van een tendensinstelling in de zin van de wet, maar ook of de betreffende werknemer 'drager' is van de tendens. Naar de Nederlandse situatie toe vertaald, gaat het om de mate waarin de functie met de identiteit van de tendensinstelling is verweven. Hoewel deze benadering met de wijze strookt waarop in de CGB-oordelen een welhaast chirurgische ontleding van de functie plaatsvindt, doet deze benadering geen recht aan het uitoefenen van de functie in het samenhangende geheel van de arbeidsorganisatie.

Wat wel recht doet aan de aanname dat de identiteit van de tendensinstelling de arbeidsorganisatie als geheel beïnvloedt, is het gegeven dat Duitsland naast het reguliere arbeidsrecht een historisch gegroeid kerkelijk arbeidsrecht kent.

Grondwettelijk strekt de positie van kerken zo ver, dat ook instellingen met een juridisch zelfstandige structuur tot het kerkgenootschap kunnen worden gerekend. Daarmee vallen ze onder het kerkelijke arbeidsrecht. De kerkelijke autonomie betekent voor kerkelijk werkgevers het kunnen stellen van vergaande eisen van identiteit aan werknemers. Zeker tegen de achtergrond van het verbod van benadeling in het AGG geeft de uitzonderingsbepaling voor kerken ruimte voor het waarborgen van de identiteit.

Afgezien van kritiek van de Europese Commissie op de veronderstelde te ruime uitzonderingen in het AGG voor de kerken, die de Duitse Bondsregering geen aanleiding heeft gegeven tot een wezenlijke aanscherping van de wet, is desondanks een ontwikkeling waarneembaar die het stellen van identiteitseisen nadrukkelijker aan de functie koppelt. Zowel in de Duitse rechtspraak als in arresten van het EHRM als vervolgproucedure spreekt de eis van identiteitseisen die tot de functie zijn te herleiden, rekening houdend met de belangen van de werknemer. Daarbij houden zowel de Duitse rechtspraak als het EHRM rekening met de grondwettelijk gewaarborgde status aparte van de kerkelijk werkgever.

8.3.3 Status in het arbeidsrecht

Bij de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 vond een uitvoerige discussie plaats over de vraag naar de wenselijkheid van separaat arbeidsrecht voor werknemers die om uiteenlopende redenen een aparte positie innamen. Uiteindelijk is daarvan afgezien, om de eenvoudige reden dat het praktisch ondoenlijk zou zijn om eerst verschillende soorten groepen werknemers te onderscheiden en er vervolgens ook nog eens verschillende regelingen voor te bedenken.¹²⁶⁶

Alleen het kerkgenootschap is de mogelijkheid toegekend in de arbeidsverhouding het geestelijk ambt een rechtskarakter sui generis toe te kennen.¹²⁶⁷ Gelet op de bijzondere positie van de bekleder van het geestelijk ambt is een aparte status verdedigbaar. Voor andere kerkelijke functies is maar de vraag, of een eigen regeling nodig is. Veelal gaat het om functies waarop het arbeidsrecht zonder problemen van toepassing is en kan zijn. In de gevallen waarin het knelt, is niet zozeer de toepassing van het arbeidsrecht het probleem, als wel de vraag naar de toelaatbaarheid van eisen van identiteit vanwege het kerkelijk werkgeverschap. Wanneer het gewicht van de identiteit voor de betreffende functies, uitgeoefend in het kader van het kerkgenootschap, rechtens voldoende erkenning krijgt, heeft een parallel arbeidsrecht geen meerwaarde.

Wat voor functies in het kerkgenootschap geldt, geldt evenzeer voor functies in overige tendensinstellingen. Ten aanzien van zowel de school als ten aanzien van de onbenoemde tendensinstelling staat de toepasselijkheid van het arbeidsrecht buiten kijf. De lijn van 1907 kan naar 2011 worden doorgetrokken. De kern van de arbeidsverhouding is in een tendensinstelling niet anders dan bij een andere werkgever.

¹²⁶⁶ Zie Zondag 2011, p. 32, 33.

¹²⁶⁷ Zondag 2011, p. 42. Zondag 2004, p. 31. Van der Ploeg 2004, p. 165-167.

Het bijzondere ligt in het willen waarborgen door de tendensinstelling van de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit die de arbeidsverhouding kleurt.

Een apart kerkelijk arbeidsrecht is historisch gezien in de Nederlandse situatie slecht denkbaar. Wel mogelijk zou het zijn in titel 7.10 BW een aparte bepaling op te nemen die de tendensinstelling expliciet als werkgever benoemt. Daarbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de wezenskenmerken van de tendensinstelling.

Een bepaling 7:615a BW zou kunnen luiden:

1. De bepalingen van deze titel zijn op de tendensinstelling van toepassing, met inachtneming van de grondwettelijk beschermde belangen waarop de tendensinstelling aanspraak maakt. De tendensinstelling streeft de doelstellingen rechtstreeks en overwegend vanuit een aan een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag ontleende identiteit na. In de hoedanigheid van werkgever vergt de tendensinstelling van de werknemers een binding aan de identiteit die betrekking heeft op de functie, zoals deze in de context van de arbeidsorganisatie wordt uitgeoefend en zoals deze aan het imago bijdraagt.

Met deze bepaling verzekert de tendensinstelling zich in de eerste plaats daadwerkelijk van een eigen status in het reguliere arbeidsrecht. Deze bepaling maakt in de tweede plaats duidelijk dat het tendenswerkgeverschap een binding aan de identiteit vergt die op de functie terugvoert, maar die tevens op het samenhangend geheel van de arbeidsorganisatie en op het imago ziet. Over de concrete invulling van het tendenswerkgeverschap in de arbeidsverhouding is echter meer nodig dan een eventuele bepaling in titel 7.10 BW. De bijzondere positie van de tendenswerkgever maakt een gerichte benadering van alle aspecten van arbeid in de tendensinstelling nodig. De voorgaande hoofdstukken bieden hiervoor de bouwstenen.

8.4 Arbeid in de tendensinstelling

8.4.1 Inleiding

Na het uiteenzetten van de structuur van de tendensinstelling en de daaruit volgende eigen positie in het arbeidsrecht volgt dan nu de concrete betekenis van het tendenskarakter voor arbeid in de tendensinstelling. Een afwegingskader wordt gegeven aan de hand waarvan de tendenswerkgever kan nagaan of de identiteitseisen op de juiste wijze als sturingsmiddel in de arbeidsorganisatie worden toegepast. Dan krijgen elementen die voor de praktische toetsing relevant zijn, uitwerking. Het wezenlijke aspect van een beroep op grondrechten krijgt apart aandacht, gevolgd door bespreking van de separaat te behandelen onderwerpen: medezeggenschap en geschilbeslechting.

8.4.2 Afwegingskader

Voorschriften en afspraken

De tendensinstelling kan identiteit door voorschriften en afspraken in de arbeidsverhouding laten doorwerken. Het instructierecht is de eerst aangewezen wijze om identiteitseisen te stellen. Een doordacht en zorgvuldig gebruik van deze bevoegdheid biedt de tendenswerkgever de eerstaangewezen mogelijkheid de identiteit in het samenhangende geheel van de arbeidsorganisatie gestalte te geven.

Daarnaast kunnen individuele en collectieve afspraken aan het verwezenlijken van de identiteit bijdragen. In de arbeidsovereenkomst kunnen, eventueel aanvullend op het instructierecht, afspraken worden gemaakt over de vervulling van de functie en een houding van goede trouw en loyaliteit. Omdat consensus is vereist, is de inbreng van de werknemer bij het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden groter dan bij het instructierecht. Het maken van afspraken heeft als voordeel de expliciete binding van de werknemer aan de identiteit. Het verdient aanbeveling dat de tendensinstelling helder formuleert welke mate van binding aan de identiteit van werknemers wordt verwacht en hoe de daarmee samenhangende houding van goede trouw en loyaliteit concreet betekenis heeft voor de arbeidsverhouding.

De meest basale afspraken in de arbeidsverhouding gaan over de voorwaarden tijd en geld. Deze primaire componenten lenen zich, zoals besproken, nauwelijks voor het voeren van een specifiek identiteitsbeleid. Tevens moet worden opgemerkt dat de grens tussen voorschriften en afspraken niet altijd even scherp valt te trekken.

Identiteit in de CAO

Daar waar afspraken over de arbeidsovereenkomst geschikt zijn om de individuele component van identiteit (mede) te reguleren, leent de CAO zich om afspraken rond het collectieve aspect van identiteit te regelen. Afgezien van de directe juridische betekenis, hebben dergelijke bepalingen waarde als instrument van interne binding van partijen.

In de praktijk maken weinig tendensinstellingen gebruik van dit instrument. Dit kan met de omvang van de tendensinstelling samenhangen. Weinig CAO's zijn specifiek op de tendensinstelling toegesneden. Wanneer een tendensinstelling wel de geschikte omvang heeft, bijvoorbeeld in breder verband zoals in het onderwijs, is het mogelijk identiteitseisen te stellen die over de volle breedte van de arbeidsorganisatie van toepassing zijn. Het gaat daarbij om eisen die een dusdanig gewicht hebben dat ze voor iedere functie afzonderlijk van toepassing zijn. In het bijzonder het onderschrijven of respecteren van de grondslag komt daarvoor in aanmerking. Een CAO kan de werknemer instemming laten betuigen met de grondslag en het doel van de instelling, zoals neergelegd in de statuten, of daarmee gelijk te stellen documenten waarvan de werknemer kennis draagt. De werknemer verklaart de functie in overeenstemming met de grondslag en het doel van de instelling te vervullen.

Ten aanzien van de bedrijfstak-CAO kan worden opgemerkt dat deze aan de

tendensinstelling de ruimte zou moeten laten aspecten van identiteit, zeer zeker de binding aan de identiteit, op het niveau van de individuele arbeidsovereenkomst te laten regelen. Wanneer de identiteit in het gedrang dreigt te komen, is dispensatie van AVV een middel om de tendensinstelling te beschermen.

Aard werkgeverschap

De vraag of identiteitseisen zijn gerechtvaardigd, vereist voor een bevestigend antwoord het bestaan van een (formeel) afwegingskader dat bij de (materiële) omstandigheden van het geval aansluit. De praktische toetsing bestaat uit verschillende aspecten. Het gaat om de aard van het werkgeverschap, de aard of inhoud van de functie, de concretisering van de gedragseisen en tot besluit het einde van de arbeidsovereenkomst.

De aard van het werkgeverschap is het eerste richtpunt voor de tendensinstelling. Het stellen van eisen aan werknemers is uiteraard niet tot de tendensinstelling beperkt. Binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid en algemeen verbindende voorschriften mag iedere werkgever instructies geven. De beoordeling hiervan geschiedt aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval. Wat de tendensinstelling bijzonder maakt, is het streven gedrag te reguleren op basis van de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit van de werkgever. De arbeidsverhouding in een tendensinstelling heeft daardoor een extra dimensie.

Inhoud functie

De aard of inhoud van de functie is het tweede richtpunt bij het sturen van de verschillende besproken aspecten van gedrag. Gegeven de aard van het tendenswerkgeverschap moeten gedragseisen verband met de inhoud van de functie houden. De werkgever moet duidelijk maken in welk opzicht zaken als professionaliteit en representativiteit in verbinding met de identiteit staan. Onlosmakelijk verbonden met het stellen van functie-eisen die op de identiteit zien, is het uitgangspunt dat deze aantoonbaar met de identiteit verband houden. Een valkuil die de tendensinstelling moet vermijden, is het stellen van ongerichte (standaard)eisen van identiteit die geen relatie met de inhoud of de uitoefening van de functie hebben. Een functie kan niet zonder meer worden aangemerkt als een te vervullen taak die in het geheel van een bepaalde werkkring is ingebed.

Daarnaast zien de identiteitseisen op het feit dat de functie in de context van de samenhangende arbeidsorganisatie wordt uitgeoefend. Het sturen van gedrag staat in het teken van een te verwachten houding van goede trouw en loyaliteit in het licht van de cultuur van de arbeidsorganisatie en het imago van de instelling. Tot het wezen van een tendensinstelling behoort het gegeven dat identiteit in en door de gehele arbeidsorganisatie moet worden gedragen. Er dient een interne samenhang en gezamenlijke gerichtheid op de identiteit te zijn. Een versmalling van de identiteit tot een specifieke functie, of zelfs tot een onderdeel daarvan, doet afbreuk aan het tendenskarakter van de instelling.

In een instrumentele visie op de arbeidsorganisatie voeren eisen uitsluitend op

de functie-inhoud terug. Deze benadering is terug te vinden in de oordelen van de CGB. Mits zorgvuldig doordacht, is een organische benadering wel degelijk mogelijk bij het stellen van identiteitseisen. Een organisatiebrede, collectieve identiteits-eis moet voor de individuele betreffende functie dan wel dusdanig concreet zijn in te vullen, dat geen sprake is van een ongerichte functie-eis.

Concretisering gedragseisen

Identiteitseisen moeten doordacht zijn en helder zijn geformuleerd. Ze moeten bovendien kenbaar zijn voor de werknemer, om over de inhoud, naleving en sancties misverstand te voorkomen. Met deze uitgangspunten als vertrekpunt, vraagt de tendensinstelling binding aan de identiteit. Afhankelijk van het tendenskarakter van de instelling en de functie kan dat instemming zijn, of een meer losse betuiging van respect. De binding aan de identiteit krijgt bij voorkeur schriftelijk bezegeling in het arbeidscontract. Het belang hiervan komt tot uiting in situaties waarin de werkgever de werknemer op de identiteit wil aanspreken.

De tendensinstelling moet een consistente gedragslijn volgen. Een weifelende of niet-transparante houding wreekt zich in de dagelijkse gang van zaken in de arbeidsorganisatie en uiteindelijk voor de rechter. Daartegenover staat dat een strikt uitgevoerd identiteits- en passend sanctiebeleid loont.

Nu kan een tendensinstelling constateren dat de gevolgde koers gaandeweg tot een (toenemende) afwijking van de grondslag heeft geleid. Daaruit moet aansluitend de consequentie kunnen worden getrokken dat de koers moet worden verlegd, teneinde de identiteit weer met de grondslag in overeenstemming te brengen. De identiteit richt zich immers niet naar de cultuur van de organisatie, maar naar de grondslag. De betreffende instelling zal als zodanig een controleerbare koerswijziging moeten ondernemen. In de praktijk zal dat een moeizame opgave worden, waarbij ten aanzien van de huidige situatie denkbaar is dat overgangsregelingen moeten worden getroffen voor werknemers die niet aan de verscherpte identiteits-eisen voldoen en ten aanzien van gebruiken in de cultuur van de arbeidsorganisatie die niet in overeenstemming zijn met de (opnieuw) voorgestane identiteit. Een duidelijk gemotiveerde keuze, intern en extern goed gecommuniceerd, met een geleidelijk tijdpad voor verwezenlijking ervan lijken basale voorwaarden voor een gewenste koersverlegging.

Einde arbeidsovereenkomst

Betrokkenheid bij de identiteit, zeker in het licht van de gewenste eenheid van leer en leven, betekent dat het niet voldoen aan eisen van identiteit van de werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst een herpositionering noodzakelijk maakt. Een wezenlijke wijziging in de houding tegenover de identiteit van de werkgever, of het schenden van voorschriften en afspraken dienaangaande, laat zich moeizaam rijmen met blijvend goed functioneren in de arbeidsorganisatie. Naarmate de identiteit in de functie zwaarder weegt, ligt de uiterste consequentie van uit elkaar te gaan meer in de rede. Voor functies waarin de grondslag moet

worden onderschreven, komt dat tijdstip eerder in zicht dan voor functies die alleen respect voor de grondslag vergen.

Daarbij moet worden opgemerkt dat de verschuiving van identiteit in de optiek van de werknemer mogelijk aan de instelling valt toe te schrijven. De identiteit van een instelling kan in de loop van de tijd immers wijzigingen ondergaan. Een werknemer kan ermee worden geconfronteerd dat het verwezenlijken van de identiteit zoals deze in de oorspronkelijke beleving aan de grondslag beantwoordde, niet langer mogelijk is.¹²⁶⁸

De tendensinstelling moet voor de betrokkenen op doordachte wijze duidelijk en kenbaar maken welke gevolgen het niet voldoen aan identiteitseisen voor de arbeidsverhouding heeft. Bij het niet voldoen aan voorschriften en afspraken rust op de tendensinstelling de verplichting de werknemer eerst de mogelijkheid te bieden alsnog aan de identiteitseisen te voldoen. Is dat niet mogelijk, dan dient te worden overwogen of binnen de arbeidsorganisatie een andere passende functie voorhanden is. Naarmate de identiteit sterker in de functie doorklinkt en de functie een meer specialistisch karakter heeft, neemt de kans op het vinden van een alternatief af. In het uiterste geval leidt niet voldoen aan de identiteitseisen tot beëindiging van de arbeidsverhouding. Voor het verbinden van de uiterste consequentie aan het niet voldoen van voorschriften en afspraken zal de werkgever moeten aantonen dat er binnen de arbeidsorganisatie daadwerkelijk geen toekomst is.

Wanneer uit overwegingen van identiteit een einde aan de arbeidsovereenkomst komt, kan een redelijke afvloeiingsregeling van toepassing zijn. Het bestaan van een redelijke ontslaggrond leidt tot de vervolgvraag of de werknemer in kwestie aanspraak op een schadeloosstelling kan maken. Onder de omstandigheden van het geval horen ook de arbeidsmarktpositie van de werknemer. Voor de tendensinstelling is dat des te meer van belang wanneer het om een functie gaat waarvoor buiten de tendensinstelling weinig tot geen emplot is. Indien de werknemer zelf aanleiding voor het ontslag heeft gegeven, ligt de oorzaak van het ontslag gedeeltelijk in diens risicosfeer.

Afwegingskader

Schematisch ontstaat het volgende afwegingskader voor het beoordelen van identiteitseisen:

1. Sturing van gedrag:
 - a. instructierecht (voorschriften);
 - b. arbeidsvoorwaarden (afspraken);
 - c. arbeidsomstandigheden (wetten en regelgeving – voorschriften en afspraken).
2. Aspecten van gedrag:
 - a. uiterlijk (kleding, sieraden en versierselen en haardracht);
 - b. meningsuiting;
 - c. omgangsvormen;
 - d. internetgebruik;

¹²⁶⁸ Voorbeeld: CGB 21 december 2004, 2004-168 (Nieuw-Vrijgemaakte leraar).

- e. werk en privé (gedrag en relaties);
 - f. verandering van identiteit.
3. Functie en gedrag:
- a. relatie met inhoud functie (professionaliteit, veiligheid en representativiteit);
 - b. relatie met vervulling en context functie (houding van goede trouw en loyaliteit in het licht van de cultuur van de arbeidsorganisatie en het imago van de instelling).
4. Concretisering van gedragseisen:
- a. doordacht en helder geformuleerd;
 - b. kenbaar voor betrokkenen (inhoud, naleving en sancties);
 - c. consequente toepassing.
5. Binding aan gedragseisen:
- a. individuele arbeidsovereenkomst of CAO;
 - b. onderschrijven of respecteren.
6. Toetsing van gedragseisen:
- a. redelijkheid (goed werkgeverschap en goed werknemerschap: aard van de functie, aard van de branche en maatschappelijke opvattingen);
 - b. grondrechten (objectieve rechtvaardiging: legitimiteit doel, geschiktheid middel en noodzakelijkheid middel: proportionaliteit en subsidiariteit).
7. Gradaties in gedragseisen:
- a. meer restricties (waaronder begrepen het bieden van alternatieven) of een zwaardere onderbouwing, naarmate gedragseisen de vrijheid van de werknemer verdergaand beperken;
 - b. meer restricties, naarmate het zwaartepunt van gedragseisen van de inhoud van de functie naar de vervulling en de context van de functie verschuift;
 - c. meer restricties bij een beroep van de werknemer op grondrechten dan bij de invulling van de redelijkheid;
 - d. meer restricties, naarmate de persoonlijke identiteit sterker in de arbeidsverhouding doorklinkt en daarvan niet los kan worden gezien.
8. Toepassing sancties:
- a. redelijkheid (proportionaliteit):
 - 1. aard van het conflict (betekenis gedragseisen voor de identiteit);
 - 2. aard van de functie;
 - 3. alle bijkomende omstandigheden van het geval (waaronder persoonlijke omstandigheden, zoals de gevolgen van het ontslag).
 - b. noodzakelijkheid (subsidiariteit):
 - 1. toepassen sanctie met behoud van functie;
 - 2. toekennen alternatieve functie binnen arbeidsorganisatie;
 - 3. beëindigen arbeidsverhouding (ontslagvergoeding).

8.4.3 Beroep op grondrechten

Binnen het kader van de arbeidsverhouding is een beroep op grondwettelijk beschermde belangen mogelijk. Fundamentele rechten en vrijheden van de werkne-

mer kunnen met de grondwettelijk beschermde belangen van de tendenswerkgever in conflict komen. De tendensinstelling kan immers als geïndividualiseerd rechts-subject worden aangemerkt en is in deze hoedanigheid drager van grondrechten. Bij een beroep op grondrechten behoeft de werkgever een objectieve rechtvaardiging voor het stellen van identiteitseisen.

Een beroep op grondrechten in private verhoudingen vraagt om terughoudendheid. De verhouding tussen werkgever en werknemer is nu eenmaal een andere dan die tussen de burger en de overheid. Wanneer belangen te snel een grondwettelijke vertaling of lading krijgen, ligt een kans op geleidelijke uitholling van grondrechten in het verschiet. Een beroep op een grondrecht zal derhalve zwaarwegend op de inhoud van het betreffende grondrecht zelf moeten zijn te baseren. Wanneer de werknemer onder deze conditie een beroep op grondrecht doet, staat hiertegenover de notie dat het belang van de tendenswerkgever ook op grondrechten terugvoert. Bespreking van eisen aan gedrag op het werk heeft de mogelijkheden en beperkingen op dit vlak laten zien. Hoe ingrijpender de (identiteits)eisen van de werkgever zijn, hoe groter de kans dat deze aan grondrechten raken.

De belangenafweging in de rechtspraak vindt echter met name plaats in het kader van de toetsing aan normen van redelijkheid en billijkheid. De uit vaste jurisprudentie van het EHRM voortvloeiende vereisten van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel komen dan niet expliciet aan de orde. Deze wijze van toetsing brengt impliciet tot uitdrukking dat het uitoefenen van grondrechten in het teken van de arbeidsverhouding staat. Een onzekere factor in de afweging is het gewicht dat maatschappelijke opvattingen, bijvoorbeeld over een professionele uitstraling of over uniformiteit, daarbij in de schaal leggen. Het laatste geldt ook voor de CGB, hoewel deze door een strikte toetsing aan het gelijkheidsbeginsel de werkgever een doorgaans beter inzicht in de belangenafweging biedt. Het zou verhelderend kunnen werken wanneer in de rechtspraak de betekenis van een grondrecht in de arbeidsverhouding voor zowel de positie van de werknemer als die van de werkgever gemotiveerd in de belangenafweging wordt betrokken.

Schematisch is een toetsingskader voor een objectieve rechtvaardiging voor identiteitseisen:

1. Het doel is legitiem:
 - a. De eisen beogen de identiteit te waarborgen:
 1. De eisen dienen de doelstelling van de instelling.
 2. De eisen voorzien in een werkelijke behoefte.
 3. De eisen beantwoorden aan een zwaarwegend belang.
 - b. De eisen zijn in overeenstemming met de wet.
2. Het middel is geschikt:
 - a. De eisen waarborgen de identiteit.
 1. De eisen beantwoorden aan de grondslag.
 2. De eisen geven de cultuur van de arbeidsorganisatie vorm.
 3. De eisen versterken het imago van de instelling.
 - a. De eisen zien op de inhoud van de functie (professionaliteit, veiligheid en representativiteit).

- b. De eisen zien op de vervulling en de context van de functie (houding van goede trouw en loyaliteit).
- 3. Het middel is noodzakelijk:
 - a. De eisen voldoen aan het vereiste van subsidiariteit:
 - 1. De eisen zijn het meest aangewezen middel om het doel te bereiken.
 - 2. Er is geen minder ingrijpend middel om het doel te bereiken.
 - b. De eisen voldoen aan het vereiste van proportionaliteit:
 - 1. De eisen stemmen overeen met de invulling van goed werkgeverschap.
 - 2. De eisen stemmen overeen met de invulling van goed werknemerschap.

Dit afwegingskader beantwoordt aan het toetsingskader zoals dat in de kern door de CGB en in de rechtspraak wordt gehanteerd. Daarbij leggen rechtsprekende instanties en de CGB eigen accenten. De legitimiteit van het doel en de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel krijgen in de motivering van oordelen en uitspraken op verschillende manieren vorm. Opgemerkt moet worden dat de CGB de beoordelingsruimte van de tendensinstelling ten onrechte aan banden legt door een rigide toepassing van de noodzakelijkheidstoets. Tot slot, wat tot de meer terughoudende opstelling van de rechter valt te herleiden, worden de drie kernelementen in de rechtspraak minder expliciet uitgewerkt dan door de CGB.

Als duidelijk is wat de toetsing in een juridische procedure achteraf betekent, kan een tendenswerkgever aan de hand van hetzelfde toetsingskader vooraf een gerichte afweging maken over de toelaatbaarheid van identiteitseisen. In veel juridische procedures is de toetsing op de rechtvaardigingsgrond voor het maken van onderscheid gericht. Bij de legitimiteit komt dan de vraag naar voren of er sprake is van een discriminerend oogmerk, wat ontkennend moet kunnen worden beantwoord.

8.4.4 Medezeggenschap op maat

Kracht van het collectief

De arbeidsverhouding is een gezagsverhouding. De werkgever oefent gezag uit over de werknemer. Medezeggenschap heeft met identiteit te maken. De tendensinstelling wil de concrete invulling van gezag in het licht van de identiteit plaatsen. De vraag is waar het tendenskarakter zich laat gelden, of medezeggenschap aan identiteit kan bijdragen, en of de wetgeving de tendensinstelling voldoende ruimte laat.

De drie besproken medezeggenschapswetten zijn de WOR, de WMS en de WMCZ. Het waarborgen van de identiteit is niet in de algemene medezeggenschapswet WOR terug te vinden. De WMS, voor het onderwijs, kent geen generieke ontheffingsmogelijkheid. De WMCZ, die zich primair op de belangen van cliënten van zorginstellingen richt, maakt het modelleren van medezeggenschap naar eigen inzicht en behoefte mogelijk.

Medezeggenschap kan op verschillende manieren aan de identiteit raken. Te denken valt aan invloed van de OR, MR of cliëntenraad op het:

1. wijzigen van de grondslag of doelstellingen van de instelling;
2. benoemen van bestuursleden;
3. maken van regelingen van beleid voor aanstelling en ontslag;
4. samenwerken of samengaan met andere instellingen;
5. maken van afspraken over gedrag op het werk;
6. treffen van maatregelen voor gelijke behandeling en diversiteit.

Door de werkgever te stellen eisen kunnen een ingrijpend karakter hebben en kunnen zelfs een inbreuk op de rechten van de werknemer betekenen. Aan de andere kant is de mening en inbreng van het personeel een zwaarwegende factor bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van eisen. Een verplichting tot een vorm van medezeggenschap is ook een verplichting tot het in acht nemen van voorschriften met betrekking tot inspraak of instemming.¹²⁶⁹

De tendensinstelling geeft de identiteit vorm in de wetenschap dat de inbreng van de werknemers daarop invloed heeft. Deze gedachte past bij het gegeven van een identiteit met een dynamisch karakter, maar tevens met een vast richtpunt. Om met het laatste te beginnen, de wezenlijke uitgangspunten liggen vast in de grondslag waaraan de werknemers van een tendensinstelling zich meer of minder vergaand hebben geconformeerd. In de institutionele notie van het gemeenschappelijk nastreven van doelstellingen ligt voor de tendensinstelling het uitgangspunt besloten dat de werknemers hun belangen in het teken van de grondslag dienen te behartigen. Het dynamische karakter van de identiteit ziet op de veranderende omgeving, in het licht van de voortschrijdende tijd. In het vormgeven van de cultuur van de arbeidsorganisatie, een dynamisch proces, moet de blijvende betekenis van de grondslag voor de identiteit voortdurend doorklinken. Hetzelfde geldt voor de invloed van werknemers op het imago van de tendensinstelling. Als medezeggenschap in dit licht staat, kan van het uitoefenen van de hiermee gepaard gaande rechten een versterkende werking op de identiteit uitgaan.

De kans op draagvlak in de organisatie is het grootst wanneer de ondernemer (WOR), het bevoegd gezag (WMS) of de zorgaanbieder (WMCZ), de respectievelijk OR, MR of cliëntenraad inschakelen op een wijze die bij het feitelijke proces van de besluitvorming aanhaakt. Aansluiting moet worden gezocht bij de wettelijk voorgeschreven formele procedures. Daarnaast kan worden gezien of het mogelijk is het medezeggenschapsorgaan gericht bij het vormgeven van de identiteit te betrekken. Zo biedt, zoals in Hoofdstuk 5 gesteld, de WOR de mogelijkheid met een CAO of overeenkomst met de OR afspraken over het waarborgen van de identiteit te maken (art. 32 lid 1 en 2 WOR).

Flexibiliteit in wetgeving

Gegeven de betekenis van medezeggenschap voor de identiteit, is de vraag relevant of de besproken wetten hiervoor voldoende ruimte geven. Verschillende benaderingen zijn mogelijk. Zo is er een groot verschil tussen de WOR en de WMCZ. De WOR is van dwingendrechtelijke aard, terwijl de WMCZ bij uitstek is opgezet als

¹²⁶⁹ Ktr. Den Helder (voorzieningenrechter) 29 oktober 2009, JAR 2010/43 (Drugs & alcohol policy).

raamwet waaraan de instellingen zelf moeten vormgeven, met inachtneming van eventuele aspecten van identiteit, zoals het verzwaaard adviesrecht. De WMS lijkt in opzet meer op de WOR, evenwel onder erkenning van de status aparte van de tendensinstelling, hoewel minder sterk getoonzet dan onder de WMCZ.

De starre opzet van de WOR, in de oorspronkelijke opzet jaren ouder dan de WMCZ, leidt er volgens Van der Voet, Jellinghaus & Peters toe dat deze achterblijft bij ontwikkelingen in de maatschappij, die op hun beurt de organisaties beïnvloeden die daarin opereren. De auteurs achten het zeer twijfelachtig of de WOR in huidige vorm voldoende ruimte laat voor verschillende vormen van medezeggenschap. De auteurs dragen argumenten aan wettelijk meer mogelijkheden voor allerlei vormen van differentiatie te bieden.

Flexibeler omgaan met medezeggenschap moet van toepassing kunnen zijn ten aanzien van zowel de medezeggenschapsbevoegdheden als ten aanzien van de medezeggenschapsstructuur.¹²⁷⁰ Onder de eerste optie scharen de auteurs de gedachte medezeggenschap bij schriftelijke overeenkomst tussen ondernemer en OR niet alleen uit te kunnen breiden, maar ook van bepaalde medezeggenschapsrechten af te kunnen zien. In art. 32 lid 2 WOR zou achter het woord 'meer' moeten worden toegevoegd: 'of minder'. Voor de tendensinstelling zou dit de mogelijkheid bieden onderwerpen die aan de identiteit raken, volledig af te schermen.

De tweede optie die de tendensinstelling gelegenheid zou bieden de identiteit beter te waarborgen, is het bewerkstelligen van een royalere toepassing van de ontheffingsmogelijkheid (art. 5 WOR). Deze zou moeten kunnen zien op een afwijking van de wettelijke medezeggenschapsbevoegdheden ten gunste van een andere vorm van medezeggenschap.¹²⁷¹

Ten behoeve van een alternatieve vorm van medezeggenschap kan als toetsingskader voor een ruimer gebruik van de ontheffingsmogelijkheid van art. 5 WOR gelden:¹²⁷²

1. Medezeggenschap is een dwingendrechtelijk voorgeschreven verplichting:
 - a. De vormgeving van een reguliere vorm van medezeggenschap wordt afgestemd op de ondernemingsomvang, zoals vastgelegd in de WOR.
 - b. De keuze voor een alternatieve vorm van medezeggenschap, door gebruik te maken van de ontheffingsmogelijkheid van art. 5 WOR, is mogelijk wanneer dit vanuit de bijzondere aard van de onderneming wordt onderbouwd.
 - c. De alternatieve vorm van zeggenschap wordt iedere vijf jaar geëvalueerd:
 1. De OR kan de onderneming adviseren over wijzigingen in de alternatieve vorm van medezeggenschap.
 2. De OR moet instemmen met voortzetting van de alternatieve vorm van medezeggenschap.
2. De alternatieve vorm van medezeggenschap draagt bij aan het waarborgen van de bijzondere aard van de onderneming.

¹²⁷⁰ Van der Voet, Jellinghaus & Peters 2009, p. 18.

¹²⁷¹ Van der Voet, Jellinghaus & Peters 2009, p. 19.

¹²⁷² Zie ook: Aanbeveling 3, Van der Voet, Jellinghaus & Peters 2009, p. 20, 21.

3. De alternatieve vorm van medezeggenschap draagt bij aan de kwaliteit van de besluitvorming door de onderneming:
 - a. Medezeggenschap volgt zeggenschap in een doeltreffende en doelmatige structuur.
 - b. Medezeggenschap vindt plaats op een niveau dat voldoende:
 1. procedurele afstemming;
 2. inhoudelijke ruimte;
 3. financiële armslag laat voor serieuze inbreng.
 4. De alternatieve vorm van medezeggenschap draagt bij aan de acceptatie van de genomen besluiten in de onderneming.

Hoewel de WMS meer oog heeft voor identiteit, mist deze wet de flexibiliteit van de WMCZ. Bovendien is de positie van de MR sterker dan die van de cliëntenraad. Zo kan het bevoegd gezag onder de WMS, anders dan de zorgaanbieder onder de WMCZ, niet in alle gevallen van het advies afwijken.

De WMS heeft de optie instemmingsbevoegdheden in adviesbevoegdheden om te zetten. Zo kan formeel worden voorkomen dat de MR een doorslaggevende stem toekomt in zaken die aan de identiteit raken. Het is de vraag of daarnaast niet beter zou kunnen worden gekozen voor een meer inhoudelijke benadering. Het binden van de MR aan de identiteit kan meer effect sorteren dan het voeren van een strategie die op het terugdringen van de MR is gebaseerd. Een vergelijking kan worden gemaakt met de overeenkomst tussen de ondernemer en de OR in het kader van art. 32 lid 2 WOR. In de WMS zou een bepaling kunnen worden opgenomen die het uitoefenen van medezeggenschap aan de identiteit van de school verbindt.

Als eerste lid van art. 29 WMS (Afwijking in verband met eigen aard), met door Nummering van de bestaande leden, zou een bepaling kunnen worden toegevoegd:

1. Het uitoefenen van medezeggenschap geschiedt bij een instelling van bijzonder onderwijs met inachtneming van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag waaraan de identiteit is ontleend. Het bevoegd gezag maakt daarover afspraken met de medezeggenschapsraad.

In een zaak waarin de MR instemmingsbevoegdheid heeft, kan het bevoegd gezag de bevoegdheid worden toegekend de commissie voor geschillen een afwijkend voorstel voor te stellen, wanneer zwaarwegende overwegingen van identiteit daartoe aanleiding geven. Als vierde, laatste lid van art. 32 WOR (Geschillen instemmingsbevoegdheid) kan dan een bepaling worden opgenomen die de commissie voor geschillen de bevoegdheid geeft te beoordelen of deze overwegingen het voorstel van het bevoegd gezag rechtvaardigen:

1. Onder zwaarwegende omstandigheden die het voorstel van het bevoegd gezag rechtvaardigen, als bedoeld in het voorgaande lid, vallen te rekenen aannemelijk gemotiveerde overwegingen van identiteit en daarover gemaakte afspraken.

8.4.5 Doordachte geschilprocedures

Voorportaal rechter

Geschilbeslechting in eigen kring kan als het sluitstuk van soevereiniteit in eigen kring worden beschouwd. Alternatieve geschilbeslechting biedt de mogelijkheid bij een verstoorde verhouding met de werknemer recht te doen aan de identiteit. Arbitrage, bindend advies en mediation zijn de voornaamste besproken varianten.¹²⁷³

Voor het kerkgenootschap biedt alternatieve geschilbeslechting, overwegend in de vorm van een besluit of bindend advies, een reëel perspectief. Kerkgenootschappen kennen uiteenlopende regelingen en procedures. In de praktijk is het bepaald geen uitzondering wanneer een kerkelijke procedure met een reguliere rechtsgang wordt vervolgd. Eveneens geen uitzondering is het parallel lopen van procedures voor de kerkelijke rechter en voor de burgerlijke rechter. Ook in dat geval komt aan het volgen van de kerkelijke procedure echter het primaat toe.

Voor de instelling van bijzonder onderwijs is de centrale geschilbeslechtende instantie de commissie van beroep. Deze toetst ontslagbesluiten en door de werkgever opgelegde disciplinaire maatregelen. Vanuit het bijzonder onderwijs komt een beroep op de burgerlijke rechter steeds frequenter voor. Dat gebeurt óók door schoolbesturen die zich niet willen neerleggen bij een beslissing van een commissie van beroep, of die zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter willen wenden.

Voor de onbenoemde tendensinstelling ontbreken geïnstitutionaliseerde vormen van interne conflictbeslechting. De burgerlijke rechter is de aangewezen instantie bij arbeidsconflicten. Alternatieve geschilbeslechting doet zich vooral in de sfeer van mediation voor, om een gang naar de rechter te voorkomen.

Al met al moet de rol van geschilbeslechting in eigen kring in het arbeidsrecht niet worden overschat. Alternatieve geschilbeslechting vervult in de praktijk vooral een rol als voorportaal op weg naar de burgerlijke rechter. Toch maakt de kennis van de identiteit, verhoudingen en gevoeligheden binnen de tendensinstelling een poging een geschil eerst in eigen kring te beslechten, de moeite waard.

Met de keuze voor alternatieve geschilbeslechting doen partijen in beginsel impliciet afstand van de processuele waarborgen van art. 6 EVRM. In de praktijk zijn deze waarborgen echter zo belangrijk, dat ze zo veel mogelijk worden toegepast. Wanneer het eigen karakter van de alternatieve procedure daartoe aanleiding geeft, kan op onderdelen die niet aan de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht raken, hiervan gemotiveerd worden afgeweken. Hoe beter de alternatieve procedure is gestructureerd, hoe terughoudender de burgerlijke rechter zal zijn bij het ontvankelijk verklaren van de klager en vervolgens bij de inhoudelijke toetsing. Vereist is daarom een zorgvuldig vormgegeven procedure waaraan de partijen in het proces zich zowel over het volgen ervan als over de rechtsgevolgen helder over en weer hebben gebonden, en die rekening houdt met de wijze waarop fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht van toepassing zijn.

¹²⁷³ Binnen deze drie hoofdstromingen bestaan tussenvormen zoals conciliatie en mini-trial.

In schema zijn de procedurele uitgangspunten:

1. Op de procedure van alternatieve geschilbeslechting zijn veel algemene beginselen van behoorlijk procesrecht van toepassing:
 - a. Overwegingen die met het bijzondere karakter van de procedure samenhangen, regels van intern procesrecht en gebruiken die anderszins de procedure omgeven, kunnen een afwijking van bovenstaand uitgangspunt meebrengen.
 - a. Een afwijking van bovenstaand uitgangspunt is slechts mogelijk wanneer partijen daarmee vooraf hun instemming hebben betuigd.
2. De verplichting tot het volgen van de procedure moet voor beide partijen onduidelzinnig blijken.
3. Partijen scheppen vooraf duidelijkheid over het gevolg geven aan de uitkomst van de procedure.

Kerkelijke procedure

In veel gevallen kan de kerkelijke procedure van geschilbeslechting als procedure van bindend advies worden beschouwd. Uitgangspunt is dat de eiser niet-ontvankelijk bij de burgerlijke rechter is, wanneer een interne kerkelijke procedure voorhanden is die met voldoende processuele waarborgen is omkleed, waaraan het kerkgenootschap zich ook daadwerkelijk houdt. De verplichting tot het volgen van de kerkelijke procedure moet uit de kerkelijke regels voor beide partijen onduidelzinnig blijken. Kerkgenootschappen zouden er goed aan doen zich te oriënteren op de vraag, in welke gevallen arbitrage, hoewel met meer voorschriften van dwingend recht omgeven, (daardoor) meer mogelijkheden biedt de alternatieve geschilbeslechting daadwerkelijk in eigen hand te houden.

Tijdens of na de kerkelijke procedure kan bij de burgerlijke rechter de vraag worden opgeworpen of sprake is van schending van fundamentele rechtsbeginselen. Gelet op de bijzondere eigen aard van de kerkelijke rechtsverhoudingen dient de burgerlijke rechter bij de beantwoording hiervan terughoudendheid in acht te nemen. Een schending moet een dusdanig ernstig karakter hebben dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn te vergen de kerkelijke procedure te volgen.

Na het volgen van de kerkelijke procedure kunnen partijen desgewenst de uitspraak ter toetsing aan de burgerlijke rechter voorleggen. Voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter is de aard van de rechtsvordering bepalend. Wanneer een verplichte en processueel deugdelijke interne kerkelijke procedure is doorlopen, leidt een procedure bij de burgerlijke rechter niet automatisch tot het overhevelen van het geschil. Aan de orde is een toetsing van de uitspraak die de kerkelijke procedure heeft opgeleverd, geen heropening van de zaak. Het statuut van het kerkgenootschap is een zeer belangrijk aanknopingspunt. Verder toetst de burgerlijke rechter de bestreden uitspraak aan zwaarwegende bepalingen van dwingend recht.

Een complicerende factor is de juridische duiding van de rechtspositie van de voorganger. Hoe dichter de voorganger een functie uitoefent die tot de traditionele geestelijke ambten van de kerk behoort, des te meer de burgerlijke rechter

zich van toepassing van de beginselen van het burgerlijke arbeidsrecht zal moeten onthouden. Om bij een geschil discussie te voorkomen over de rechtspositie van de werknemers, of degenen die juist niet als zodanig worden beschouwd, doet het kerkgenootschap er goed aan voor alle functies expliciet vast te leggen welke rechtsverhouding is beoogd.

Commissie van beroep

Over het rechtskarakter van een uitspraak van de commissie van beroep in het onderwijs kan onduidelijkheid bestaan. In het bijzonder bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is de verhouding tussen de procedure voor de rechter en een procedure van alternatieve geschilbeslechting als delicaat te omschrijven.¹²⁷⁴

In het onderwijs kan het bevoegd gezag wegens de uitzondering van art. 2 lid 1 onder b BBA een arbeidsovereenkomst zonder voorafgaande toestemming van het UWV opzeggen. De werknemer die zich niet daarbij neerlegt, kan vervolgens naar de commissie van beroep gaan. Het bevoegd gezag onderwerpt zich, daartoe wettelijk verplicht, aan de uitspraak. De werknemer kan het geschil vervolgens aan de kantonrechter voorleggen. Op grond van het gesloten ontslagstelsel moet deze volgens Jansen & Van de Laar altijd een volledige toetsing van het geschil uitvoeren.¹²⁷⁵ Wanneer de procedure voor de commissie van beroep het karakter van bindend advies of zeker dat van arbitrage draagt, dient de kantonrechter zich naar mijn mening echter terughoudender op te stellen.¹²⁷⁶ De procesafpraak tussen partijen hoort mede in overweging te worden genomen.

Het bevoegd gezag kan ook de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. Een alternatieve route voor de ontbinding is een procedure van bindend advies of arbitrage. Weliswaar kunnen partijen de bevoegdheid van de ontbindingsrechter niet contractueel uitsluiten.¹²⁷⁷ Dat laat de mogelijkheid van partijen een commissie van beroep over ontbinding te laten oordelen onverlet.¹²⁷⁸ De overheveling van bevoegdheid doet in geen enkel opzicht afbreuk aan het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:685 lid 1 BW. Tijdens de duur van een lopende procedure voor de commissie van beroep zal de kantonrechter zich onbevoegd of de verzoekende partij niet-ontvankelijk moeten

¹²⁷⁴ Door de wijziging in 2006 van de Werkloosheidswet is een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter overigens niet meer per definitie nodig. Een schriftelijke vaststellingsovereenkomst met de gemaakte afspraken volstaat. Duidelijk moet wel zijn dat het initiatief voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst van de werkgever is uitgegaan. De achterliggende reden is dat alleen de werknemer die vrijwillig ontslag heeft genomen, of die wegens een dringende reden is ontslagen, verwijtbaar werkloos is (en dus geen recht op een werkloosheidsuitkering heeft).

¹²⁷⁵ De wijze waarop de burgerlijke rechter met ontbindingsverzoeken in het onderwijs omgaat, laat een grote mate van verscheidenheid zien. Jansen & Van de Laar 2010, p. 12. Zie ook: Ontslagpraktijk onderwijs 2011, p. 5, 63.

¹²⁷⁶ Vanwege het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging dient de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen in te grijpen. HR 17 januari 2003, LJN: AE9395 (IMS/Iran). De procedure moet volgens de wettelijke regeling met de daaraan verbonden procedurele vereisten zijn ingericht en met de vereiste zorgvuldigheid worden doorlopen. Hof Amsterdam 8 november 2011, LJN: BU3265 (Scheidsgerecht Slotervaartziekenhuis III). Rb. Utrecht 4 augustus 2010, LJN: BN3804 (Scheidsgerecht Slotervaartziekenhuis II).

¹²⁷⁷ HR 25 februari 1994, NJ 1994/377 (Inhopro/Schoenmaker). HR 2 april 2004, JAR 2004/112 (Drankencentrale).

¹²⁷⁸ HR 22 november 1985, NJ 1986/275 (Bindend advies). HR 14 december 1973, NJ 1974/92 (Arbitrage).

verklaren (art. 1022 lid 1 Rv).¹²⁷⁹ Een voorbeeld daarvan is te vinden in een zaak voor het Scheidsgerecht Gezondheidszorg, waarin een tijdig beroep op arbitrage wordt gedaan.¹²⁸⁰ De grond voor de onbevoegdheid ligt in de wettelijke bepaling inzake arbitrage. Was er sprake geweest van bindend advies, dan was de kantonrechter ook tijdens het verloop van de procedure bevoegd gebleven.¹²⁸¹ Zou een van de partijen toch een verzoek bij de kantonrechter indienen, dan zou deze de partij niet-ontvankelijk hebben verklaard, wanneer de partijen zich tenminste over en weer aan het doorlopen van de alternatieve procedure zouden hebben verbonden.

Door de onderwijsinstelling en de werknemer ondubbeltzinnig, bijvoorbeeld in de individuele arbeidsovereenkomst of in de CAO, te laten overeenkomen dat de beslissing van de commissie van beroep tussen partijen als bindend advies of als arbitrage geldt, kan de gewenste duidelijkheid worden gegeven en de positie van de commissie worden versterkt.

Beëindiging arbeidsovereenkomst in schema:

1. Bevoegd gezag zegt arbeidsovereenkomst op:
 - a. werknemer gaat akkoord;
 - b. werknemer gaat niet akkoord:
 1. commissie van beroep verklaart beroep gegrond:
 - a. bevoegd gezag onderwerpt zich verplicht aan uitspraak;
 2. commissie van beroep verklaart beroep ongegrond:
 - a. werknemer onderwerpt zich aan uitspraak;
 - b. werknemer legt zich niet bij uitspraak neer; kantonrechter toetst ontslagbesluit en wijst vonnis.
2. Bevoegd gezag verzoekt ontbinding arbeidsovereenkomst:
 - a. procedure voor kantonrechter;
 - b. procedure voor commissie van beroep:
 1. bindend advies;
 2. arbitrage.

1279 Voor herleving van de bevoegdheid van de kantonrechter vereist art. 1067 Rv dat het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd, onherroepelijk is geworden.

1280 Ktr. Amsterdam 15 december 2010, LJN: BO 8932 (Scheidsgerecht Slotervaartziekenhuis I).

1281 Uitgebreid over onbevoegdheid en niet-ontvankelijkheid bij arbitrage en bindend advies: Santing-Wubs 2005, p. 307-309.



Samenvatting

Inleiding

Deze studie richt zich op de rechtspositie van de tendensinstelling in de hoedanigheid van werkgever in het arbeidsrecht. De samenvatting geeft per hoofdstuk een overzicht van de besproken thema's.

Hoofdstuk 1

Het inleidende Hoofdstuk 1 licht de vraagstelling toe. Betoogd wordt waarom een overheid in een pluriforme samenleving ruimte moet laten voor opvattingen die van de hoofdstroom afwijken. Voorwaarde daarvoor is een (kritische) identificatie met de basiswaarden van de rechtsstaat. Het individu kan pas volledig tot ontplooiing komen wanneer het belang van collectief organisatievermogen waarin idealen en doelen in gezamenlijkheid vorm kunnen krijgen, voldoende wordt onderkend.

De tendensinstelling geeft collectief en organisatorisch uiting aan de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Het historische en juridische perspectief biedt een rechtsstatelijke basis voor deze ruimte. Een wezenlijk element hierin is de verhouding tussen kerk en staat zoals dat in de loop van de eeuwen in de Nederlandse situatie heeft vorm gekregen. Er is sprake van een wisselwerking tussen beide, met inachtneming van het onderkennen van de onderscheiden wederzijdse posities, bevoegdheden en verantwoordelijkheden. De overheid geeft het rechtskader voor de tendensinstelling vorm.

Het maatschappelijke en politieke perspectief laten zien dat de positie van het individu de allesbeslissende maatstaf is geworden. Binding van een persoon aan een groep veronderstelt een inperking van de eigen rechten en betekent daarmee een inbreuk op de positie van de persoon als individu. Een strikt eenzijdig juridische toepassing van het gelijkheidsbeginsel brengt diversiteit in de samenleving tot het niveau van het individu terug. Een pluriforme samenleving moet daarentegen een balans zoeken in de aanspraak op verschillende rechten. De arbeidsrechtelijke ruimte voor de tendensinstelling staat of valt in belangrijke mate met de doorwerking van het beginsel van gelijke behandeling ten opzichte van met name de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Waar gelijke behandeling op gelijk-schakeling uitloopt, is voor de tendensinstelling geen plaats.

Hoofdstuk 2

Hoofdstuk 2 werkt het concept tendensinstelling uit. De tendensinstelling is vanuit een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit gericht op het verwezenlijken

van een gemeenschappelijk ideaal. In de identiteit klinken de kernwaarden en bezieling door. Er is wisselwerking tussen de persoonlijkheid van de instelling, een sociale constructie, en de persoonlijke identiteit van de werknemers. De identiteit krijgt daarnaast gestalte in relatie met een omgeving die voortdurend in beweging is. In juridische zin kan identiteit als hoedanigheid worden opgevat die een wegingsfactor is bij het duiden van een rechtsverhouding tussen contractspartijen.

Identiteit moet in samenhang met grondslag, cultuur en imago worden gezien. Grondslag is de basis voor de identiteit. Cultuur is de beleving ervan en imago de verbeelding. De grondslag is voor de tendensinstelling vertrekpunt van en richtpunt voor de identiteit. De waarden, normen en regels van de cultuur liggen in het verlengde van de identiteit. Identiteit geeft richting aan de cultuur, cultuur versterkt de identiteit. Bij imago gaat het om de explicitering van identiteit. Het is de weerslag van de beleving en waardering van de identiteit door waarnemers buiten de instelling. Bij de identiteit hoort een bewuste houding ten aanzien van MVO. Het zijn van de identiteit geeft richting aan het doen van MVO.

De identiteit van een tendensinstelling staat of valt met de persoonlijke betrokkenheid van de werknemers bij die identiteit. Voor een goed begrip van de tendensinstelling en de interne samenhang van de arbeidsorganisatie is het zaak te onderkennen dat ook werknemers van wie de functie geen rechtstreeks raakvlak heeft met de identiteit, in en door hun functioneren de identiteit kunnen beïnvloeden. Uit het oogpunt van een gezonde bedrijfsvoering, waaronder begrepen het aspect interne mobiliteit, hoort identiteit van meet af aan in de arbeidsovereenkomst een rol te spelen.

De institutionele theorie biedt een rechtstheoretische basis voor een goed verstaan van het concept tendensinstelling. Een organisatie wordt hierin beschouwd als organisatorische uiting van een door de deelnemers gemeenschappelijk gedragen ideaal (*idée d'oeuvre* ou *d'entreprise*). Het instituut heeft een eigenstandige juridische werkelijkheid, los van de overkoepelende rechtsorde (de staat). De institutionele theorie sluit aan bij ideeën over subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring. In de praktijk wordt de institutionele theorie als verklarende factor gebruikt bij het duiden van contractuele relaties tussen werkgever en werknemer.

In de literatuur zijn bouwstenen voor visievorming te vinden. Hoewel de door diverse schrijvers gebruikte terminologie, reikwijdte en juridische implicaties van het tendenswerkgeverschap verschillen, stemmen deze auteurs overeen in hun opvatting dat er een groep werkgevers bestaat voor welke een aparte en gerichte benadering in het arbeidsrecht valt te rechtvaardigen. Naar voren komt dat het gewicht van grondrechten en de onderlinge afweging een centrale rol speelt bij het duiden van de positie van de tendensinstelling. Een ander centraal thema is de mate waarin de werknemers zich aan identiteit moeten conformeren en de wijze waarop dat in de arbeidsverhouding doorwerkt. De kenmerken die uit de literatuur vallen te destilleren, zijn dat het om werkgevers gaat die de identiteit aan ideologische drijfveren ontleen, die van werknemers binding aan de identiteit vragen en die als homogene eenheid aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. De oorsprong voor het concept tendensinstelling ligt in het Duitse medezeggenschapsrecht. Het BetrVG geeft een uitzondering voor 'Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften'. Op

deze instellingen in de hoedanigheid van werkgever zijn de bepalingen van de wet niet of slechts in beperkte mate van toepassing. Een uit het BetrVG te herleiden volgende kenmerk is dat de tendensinstelling de doelstellingen rechtstreeks en overwegend vanuit identiteit moet nastreven.

Een tendensinstelling kan als zodanig worden gekarakteriseerd wanneer deze aan de inhoudelijke kenmerken daarvoor voldoet. Als eerste beoogt een tendensinstelling een eenheid met een eigen, godsdienstig of levensbeschouwelijk geïnspireerde identiteit te zijn. Als tweede presenteert het maatschappelijk verband zich als geheel ('gesloten') naar buiten toe. Als derde houdt het door de identiteit gestempelde karakter van de instelling (de tendens) een bejegening van medewerkers in die afwijkend is van normen die gelden in het reguliere arbeidsrecht. Als vierde is daar het belang van de identiteit voor het verwezenlijken van de doeleinden. Het beroep op het tendenskarakter moet dusdanig zijn dat de tendensinstelling daarin daadwerkelijk van een reguliere werkgever valt te onderscheiden. Voor de vier elementen tezamen geldt het vereiste van een consequente, duurzame gedragslijn.

In de instrumentele visie komt de werknemer een min of meer precieze rol ten aanzien van de identiteit in de arbeidsorganisatie toe. De organische visie beschouwt de werknemer echter als deelnemer van een organische gemeenschap, waarin het dragen van de identiteit minder op de functie is toegespitst. Hoe meer de godsdienst of levensbeschouwing de instelling 'draagt' en de werknemers ten aanzien van de daarin besloten liggende waarden en normen een betekenisvolle positie innemen, hoe sterker een vergaande identificatie met de grondslag mag worden geëist. In de Duitse rechtspraak is een ontwikkeling waarneembaar in de richting van een instrumentele visie. De werknemer moet Tendenzträger zijn, wil van de tendensbescherming uit het BetrVG sprake zijn.

Een categorisering kan worden gemaakt in de hoofdgroepen kerkgenootschap en overige tendensinstellingen. Het kerkgenootschap geniet vanouds een status aparte in de samenleving, wat in de rechtspositie tot uiting komt. Nadere beschouwing hierin vraagt de positie van zelfstandige onderdelen van het kerkgenootschap tegenover overige tendensinstellingen. In het licht van de geschiedenis valt vervolgens ook de nadere onderverdeling van de hoofdgroep overige tendensinstellingen te verklaren. De instelling van bijzonder onderwijs valt daarin te onderscheiden van de onbenoemde tendensinstelling. Bij een onbenoemde tendensinstelling kan worden gedacht aan een verzorgingstehuis, een zendingsgenootschap of een uitgever. Als rechtspersoonsvorm voor de tendensinstelling, afgezien van de eenmanszaak, kunnen het kerkgenootschap, de vereniging en de stichting goed dienstdoen. Andere rechtspersoonsvormen zijn niet uitgesloten.

De tendensinstelling is met name actief op het maatschappelijk middenveld. Mits aan de inhoudelijke kenmerken van de tendensinstelling wordt voldaan, is het mogelijk ook een bedrijf of onderneming als tendensinstelling aan te merken. Arbeidsorganisaties waar het winst oogmerk overheerst, zijn geen tendensinstelling.

Hoofdstuk 3

Hoofdstuk 3 onderzoekt het rechtskader voor de tendensinstelling. De internationale mensenrechtenverdragen zijn uit de aard van de zaak op het individu gericht. Een gerichte benadering van de tendensinstelling is daarin afwezig. Bescherming van het individu dient evenwel gepaard te gaan met bescherming van de collectieve dimensie die wezenlijk deel uitmaakt van het uitoefenen van de rechten en vrijheden waarop deze verdragen zien. Het EVRM en het IVBPR bieden aanhangers van een bepaalde godsdienst of levensbeschouwing expliciet ruimte hun overtuigingen in organisatorisch verband gestalte te geven. Het ESH erkent eveneens de eigenstandige positie van de tendensinstelling.

De EU erkent in onder meer het Verdrag van Lissabon de bijzondere positie van de tendensinstelling. Tegelijk neemt in het EU-recht gelijke behandeling een prominente plaats in, wat in diverse Europese richtlijnen tot uitdrukking komt. Het HvJ EU neemt een activistische opstelling in om de doorwerking in het nationale recht te verzekeren. De uitleg van het Europees recht, waarbij het HvJ EU de doorwerking van het beginsel van gelijke behandeling sterk accentueert, beïnvloedt de ruimte voor de tendensinstelling. Ook het Vrouwenverdrag is overigens een sprekend voorbeeld van de accentuering van gelijke behandeling, wat tot uiting komt in de procedures rond de zogenoemde SGP-vrouwenkwestie. De twee lijnen van erkenning van de positie van de tendensinstelling, met inachtneming van gelijke behandeling, komen in de Kaderrichtlijn samen. De Kaderrichtlijn geeft de tendensinstelling de mogelijkheid identiteit in het personeelsbeleid tot uiting te brengen, ook of juist wanneer dat spanning oplevert met het non-discriminatiebeginsel.

Het internationale recht en het EU-recht vooropgesteld, is de Grondwet het vertrekpunt voor bestudering van nationale wetgeving. De tendensinstelling kan als zodanig als drager van grondrechten worden aangemerkt. De Grondwet werkt door in het arbeidsrecht. In de jurisprudentie komt dat veelal tot uiting door een indirecte toetsing aan de normen van redelijkheid en billijkheid. Ook een meer directe horizontale werking is mogelijk. Hoe meer zichtbaar grondrechten in de afweging een rol spelen, hoe groter de kans is dat divergerende aanspraken met elkaar in conflict komen. De Grondwet kent geen hiërarchie van grondrechten.

Geen andere wet zet de contouren van het rechtskader voor de tendensinstelling zo scherp neer als de Awgb. In samenhang met de WGB m/v heeft de Awgb ervoor gezorgd dat de afweging van grondrechten in de praktijk plaatsvindt aan de hand van de maatstaf van gelijke behandeling. Voor de interne rechtsverhoudingen en het geestelijk ambt is het kerkgenootschap van toepassing van de Awgb uitgesloten. Voor de overige tendensinstellingen zijn geclausuleerde uitzonderingen van toepassing. Deze zijn voor de instelling van bijzonder onderwijs iets ruimer geformuleerd dan voor de onbenoemde tendensinstelling. De Awgb kent een gesloten stelsel van wettelijk toegestane uitzonderingen op het verbod van onderscheid.

De Europese Commissie heeft de Nederlandse regering laten weten dat de Kaderrichtlijn een meer restrictieve opstelling ten opzichte van de tendensinstelling zou vergen dan in de uitzonderingsbepalingen van de Awgb is neergelegd. De Nederlandse regering heeft wetgeving in voorbereiding om de convergentie met de

Kaderrichtlijn terminologisch en inhoudelijk te garanderen. Zoals het er nu naar uitziet, is de positie van de tendensinstelling in de IW Awgb evenwichtiger verwoord. Het wegvallen van de enkele-feitconstructie, een van de aanpassingen, hoeft niet op voorhand als nadeel voor de tendensinstelling te worden aangemerkt.

De toetsing door de CGB in het kader van het toezicht op de naleving van de Awgb kenmerkt zich door een toespitsing op het individu en de specifieke functie-inhoud, beduidend minder op de context van de arbeidsorganisatie. Het functioneren van de tendensinstelling als samenhangend geheel kan daardoor uit het oog raken. De CGB hecht veel waarde aan een consistent beleid en consequent, daarop gebaseerd gedrag. Het eendimensionale toetsingskader van de CGB leidt tot het toekennen van een groter gewicht aan gelijke behandeling dan in de rechtspraak het geval is.

Hoewel de doelstellingen van sociaal-economische aard zijn, heeft de wetgever bij het opstellen van het BBA nadrukkelijk rekening gehouden met de grondwettelijk beschermde positie van kerkgenootschappen en onderwijsinstellingen. Ook de Wet arbeid vreemdelingen (WAV), die arbeid in Nederland door buitenlanders reguleert, en aansluitend hierop de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) houden rekening met de belangen van de tendensinstelling. De gedachte hierachter is dat de belangen van diverse groepen in een pluriforme samenleving bij deze specifieke aandacht zijn gebaat. Het belang van hun religieuze instellingen is een belang waarmee ook de Nederlandse samenleving is gediend. De Wet bescherming persoonsgegevens (WBP), die de omgang met persoonsgegevens reguleert, heeft eveneens oog voor de specifieke behoeften van tendensinstellingen.

Een samenhangende benadering van het begrip tendensinstelling ontbreekt in de besproken wetten. Evenmin zijn criteria voorhanden voor het vaststellen in welke gevallen de tendensinstelling gerichte aandacht behoeft. Een uniforme benadering van het begrip tendensinstelling is wenselijk, zodat bij het tot stand komen van wetten en regelgeving in voorkomende gevallen een gerichte afweging kan plaatsvinden over de wenselijkheid van het opnemen van bepalingen die het goed functioneren van de tendensinstelling mogelijk maken.

Hoofdstuk 4

Hoofdstuk 4 stelt aan de orde hoe en in welke mate de tendensinstelling de identiteit in de arbeidsorganisatie kan laten doorklinken. Bij de bespreking wordt het chronologisch verloop van de arbeidsovereenkomst aangehouden. Te onderscheiden vallen de fasen instroom (werving, selectie en aanstelling), doorstroom en uitstroom.

Een arbeidsovereenkomst veronderstelt toepasbaarheid van het arbeidsrecht. Voor het regelen van de interne rechtsverhouding komt het kerkgenootschap een grote vrijheid toe. Het geestelijk ambt, een verbijzondering van de kerkelijke functie, kan onder het arbeidsrecht vallen. Betrokken partijen dienen van meet af aan over en weer duidelijkheid over de aard van de functie en de gewenste rechtsverhouding te scheppen en deze kenbaar vast te leggen.

Vanaf de fase van de werving stelt de tendensinstelling identiteitseisen. Voor de samenhang van de arbeidsorganisatie is het van belang de betekenis van identiteit niet tot de vervulling van enkele kernfuncties te versmallen. Wel moet de tendensinstelling aannemelijk maken dat het slechts mogelijk is een functie naar behoren te vervullen en aan het bereiken van de doelstellingen mee te werken wanneer de identiteit de functie kleurt. De fase van de selectie dient het verkrijgen van inzicht in de geschiktheid van de sollicitant volgens een systematische, inzichtelijke en controleerbare procedure. Affiniteit met de identiteit kan een wezenlijke functie-eis zijn, mits deze vanuit een aantoonbaar noodzakelijk verband met een goede vervulling van de functie is beargumenteerd. Niet uitgesloten is daarmee een eis tot een vergaande persoonlijke identificatie met de identiteit. In de fase van de aanstelling doet de vraag zich voor hoe de binding aan de identiteit gestalte kan krijgen. De binding verschilt per type tendensinstelling. Bij het kerkgenootschap is deze het sterkst, het geestelijk ambt voorop, gevolgd door het bijzonder onderwijs en dan de onbenoemde tendensinstelling. De mate van identificatie wordt verder door de functie binnen de arbeidsorganisatie bepaald. De ene functie heeft een meer rechtstreeks verband met de identiteit dan de andere. Functies met sterke identiteitseisen lenen zich voor het instemmen met of onderschrijven van de grondslag door de werknemer. Voor andere functies vraagt de tendensinstelling de identiteit te respecteren. Beide vormen kunnen een schriftelijke bezegeling krijgen in het arbeidscontract.

Identiteitseisen kunnen tot onderscheid in de zin van de Awgb leiden. In theorie heeft de instelling van bijzonder onderwijs een ruimere marge dan de onbenoemde tendensinstelling. Noch de oordelen van de CGB, noch de jurisprudentie laat tussen beide typen tendensinstellingen in de praktijk significant verschil zien.

Uit de jurisprudentie en de oordelen van de CGB blijkt behalve de noodzaak van een in theorie correcte onderbouwing van de identiteitseisen het belang van het in de praktijk concreet, strikt en consequent uitdragen en waarmaken ervan. Deze criteria blijken gedurende het verloop van de deelfasen van de instroom, maar zijn ook bij de doorstroom en de uitstroom onverkort van toepassing.

De duur van de arbeidsverhouding staat in het teken van voorschriften en afspraken. Naarmate de werkgever meer ruimte heeft voorschriften te stellen, is deze beter in staat identiteitseisen vorm te geven. Anderzijds kan de werknemer zich met afspraken rechtstreeks aan de identiteit conformeren. Geld en tijd zijn de twee basale primaire arbeidsvoorwaarden. De tendensinstelling kan identiteit deel van de beloning laten uitmaken. De ruimte hiervoor is beperkt. Voor de werktijd van belang zijn met name de zondag, of een wekelijkse religieuze vierdag die daaraan is gelijkgeschakeld, en de christelijke en andere religieuze feestdagen. Ten aanzien van de laatste categorie is de ruimte voor eigen accenten groter dan bij de wekelijkse rustdag.

De werkgever kan de identiteit het beste waarborgen door sturing van gedrag op het werk. De aspecten uiterlijk, meningsuiting, omgangsvormen, internetgebruik, werk en privé en verandering van identiteit laten zien hoe de werkgever hiermee moet omgaan. Het stellen van redelijke identiteitseisen is zeer wel mogelijk, mits zorgvuldig beargumenteerd, kenbaar voor de betrokkenen en consequent toegepast. Er moet een verband zijn tussen identiteitseisen ten aanzien van

genoemde aspecten en de inhoud, vervulling en de context van de functie. Daarbij is niet uitgesloten dat eisen ook op gedrag buiten het werk betrekking hebben. De bespreking maakt bovendien duidelijk dat identiteitseisen de afweging moeten kunnen doorstaan van tegenovergestelde rechten en vrijheden van de werknemer. Bij een beroep op fundamentele rechten en vrijheden laat het gelijkheidsbeginsel de minste ruimte voor het stellen van voorschriften. Een beroep door de werknemer op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging leidt tot een zwaardere motiveeringsplicht. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is in de arbeidssituatie daarentegen aan meer beperkingen onderhevig. Ook de eisen aan het uiterlijk door de tendensinstelling zelf kunnen op overwegingen van godsdienst en levensovertuiging terugvoeren. Een expliciete afweging door de rechter van grondrechten is in voorkomende gevallen aan te bevelen. Voor zover grondrechten in de praktijk in de beoordeling worden betrokken, vindt dit echter voornamelijk in het kader van de redelijkheidstoets plaats. Een afweging van de beperkingsgronden van grondwettelijke en internationale grondrechten blijft achterwege. Zeker wanneer er sprake is van onderscheid op een van de gronden van de Awgb luistert de afweging nauw. Ook in de fase van de doorstroom laat de CGB minder ruimte voor eisen van identiteit dan de rechtspraak. De jurisprudentie laat een wisselend beeld zien, wat te meer reden is voor het voeren van een weloverwogen identiteitsbeleid. Want als er één ding duidelijk is, dan is het wel dat die instellingen die kunnen aantonen op een doordachte wijze identiteit in de praktijk te brengen, de grootste kans van slagen hebben wanneer zich geschillen voordoen.

Het einde van de arbeidsovereenkomst kan een uiterste consequentie zijn van het niet voldoen aan identiteitseisen. Daar kunnen disciplinaire maatregelen aan voorafgaan. De tendensinstelling moet zich bovendien rekenschap geven van de vraag of een alternatief voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst voorhanden is. Een vraag die zich daarbij kan voordoen is in wiens risicosfeer het niet sporen van de identiteit van werkgever en werknemer moet worden getrokken. Naarmate het risico meer bij de werknemer ligt, zou een afvloeiingsregeling minder voor de hand liggen of een beperkter karakter hebben. In de afweging moet de werkgever de aard van het conflict, de aard van de functie en alle overige omstandigheden van het geval, waaronder persoonlijke omstandigheden, zoals de gevolgen van het ontslag, laten meewegen.

Hoofdstuk 5

Hoofdstuk 5 belicht het collectieve aspect, te weten de collectieve arbeidsovereenkomst (CAO), medezeggenschap en collectieve actie. Uitgebreid wordt ingegaan op de Wet op de ondernemingsraden, de Wet medezeggenschap op scholen en de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (WOR, WMS en WMCZ).

Het instrument van de CAO biedt, zeker op ondernemingsniveau, een handvat voor maatwerk op het vlak van identiteit. Zo kunnen bepalingen worden opgenomen over het werken op religieuze rust-, feest- en gedenkdagen, over collectieve actie of over alternatieve geschilbeslechting. Verder gaat de mogelijkheid om de werknemers die onder de CAO vallen op aspecten daadwerkelijk

aan de identiteit te binden. In de praktijk wordt de CAO daarvoor weinig benut.

Medezeggenschap staat in het teken van gezagsverhoudingen. Van de drie besproken wetten is de WOR de belangrijkste. Hoewel het kerkgenootschap er niet onder valt, hanteren verschillende kerkgenootschappen de WOR als model voor medezeggenschap in de arbeidsorganisatie. De WOR is in de loop van tientallen jaren tot zijn huidige vorm geëvolueerd. Het aspect van identiteit is daarbij niet onopgemerkt gebleven, maar in de loop van de tijd naar de achtergrond verschoven. In de WOR zijn geen bepalingen opgenomen om ondernemingen in de zin van de wet tegemoet te komen die vanuit principiële overwegingen moeite hebben met (vergaande) medezeggenschap. De ontheffingsmogelijkheid ziet niet op principiële bezwaren tegen medezeggenschap. Een optie die de WOR biedt, is het maken van afspraken met de OR over extra bevoegdheden. De tendensinstelling kan op deze wijze medezeggenschap aanwenden bij de vormgeving van het identiteitsbeleid.

De WMS is de medezeggenschapswet voor het onderwijs. De totstandkoming ervan betekent het einde voor de generieke ontheffingsmogelijkheid uit de WMO 1992. Daarvoor in de plaats is een meer beperkte uitzonderingsregeling opgenomen voor het gebruik waarvan de sleutel in handen ligt bij de MR. Ook de geschillenregeling heeft een algemeen karakter gekregen, waarmee een einde is gekomen aan eigen procedures voor het bijzonder onderwijs. Ook voor deze wet geldt dat voor een verantwoord omgaan met medezeggenschap voor de tendensinstelling de sleutel in een doordacht, integraal identiteitsbeleid moet worden gezocht, waarbij medezeggenschap een bijdrage kan leveren aan het bewaken van de identiteit.

De WMCZ regelt medezeggenschap voor cliënten van zorginstellingen. Hoewel deze wet niet direct op de arbeidsorganisatie is gericht, zijn er wel raakvlakken met de positie van werknemers. Ook bij de wetsgeschiedenis van de WMCZ en de voorlopers ervan wordt aandacht gevraagd voor de positie van instellingen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit. De democratiseringsregels worden echter van groter gewicht geacht dan bezwaren die verband houden met de mogelijke aantasting van de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit van instellingen door medezeggenschap. Daar staat tegenover dat de WMCZ een kaderwet is die instellingen ruimte biedt medezeggenschap op maat vorm te geven. Een adviesraad met eigen bevoegdheden om de identiteit te behartigen, kan bijvoorbeeld als tegenwicht voor de cliëntenraad dienen. Ook in de beslechting van geschillen is een zekering ter wille van de identiteit ingebouwd.

Anders dan bij de CAO en medezeggenschap is staken de consensus voorbij. In situaties waarin de verhoudingen op scherp komen te staan, kan mediation een optie zijn om tot een vergelijk te komen. Deze overweging is met name relevant voor de tendensinstelling met een godsdienstige identiteit die onverenigbaar is met collectieve actie.

Hoofdstuk 6

Hoofdstuk 6 stelt alternatieve geschilbeslechting centraal. Geschilbeslechting in eigen kring kan worden gezien als het sluitstuk van soevereiniteit in eigen kring.

De fundamentele beginselen van het burgerlijk procesrecht zijn in beginsel van toepassing, maar het is mogelijk daarvan af te wijken. Alternatieve geschilbeslechting veronderstelt de mogelijkheid afstand te doen van het recht op toegang tot de burgerlijke rechter. Dit dient ondubbelzinnig en vrijwillig te geschieden.

Het kerkgenootschap kent een rijke traditie van alternatieve geschilbeslechting. Het verdient de voorkeur interne procedures zo veel mogelijk aansluiting te laten zoeken bij algemene processuele waarborgen en fundamentele rechtsbeginselen. Uit de jurisprudentie kan de gevolgtrekking worden gedaan dat hoe deugdelijker een procedure in elkaar steekt, hoe terughoudender de burgerlijke rechter zal toetsen. Wanneer de geschilbeslechting aan de kerkelijke rechter is opgedragen, dienen de partijen bij een geschil met zowel kerkrechtelijke als civielrechtelijke aspecten in beginsel deze rechtsgang te volgen. Laten zij dat achterwege, dan zijn zij in hun vordering in beginsel niet ontvankelijk bij de burgerlijke rechter. Dat ligt anders wanneer zwaarwegende omstandigheden maken dat dit in redelijkheid niet van een van de partijen in het geschil kan worden gevergd. Dergelijke omstandigheden kunnen zijn dat het statuut voor het betreffende geschil geen voorschriften bevat, of indien de kerkelijke rechtsgang niet aan fundamentele beginselen van procesrecht voldoet. Niet de werkelijke rechtsverhouding tussen partijen, maar de aard van de rechtsoverordering is overigens bepalend voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.

Dezelfde lijn kan worden doorgetrokken naar alternatieve geschilbeslechting in het bijzonder onderwijs. De commissies van beroep kennen een lange historie. De wettelijke verplichting tot gebondenheid aan de commissie van beroep berust op een bekostigingsvoorwaarde, die strikt geredeneerd niet hoeft te worden opgevolgd. De vraag naar het rechtskarakter van de uitspraken van de commissie van beroep lijkt in de jurisprudentie inmiddels afdoende te zijn beantwoord. Slechts wanneer partijen dat onderling nadrukkelijk zijn overeengekomen, is sprake van bindend advies. Afspraken tussen partijen vormen voor de burgerlijke rechter het vertrekpunt voor de eventuele inmenging in de procedure en de toetsing van de uitkomst ervan. De toekomst van de commissie van beroep staat evenwel ter discussie. De paradoxale situatie doet zich voor dat naarmate de status van de commissie van beroep gaandeweg meer wordt uitgehold, de discussie in materieel opzicht praktische urgentie gaat ontberen. Daarbij moet de kanttekening worden geplaatst dat aspecten van identiteit in de gevoerde procedures geen rol van betekenis spelen. Aan het versterken van de rol van de commissies van beroep zou kunnen worden gedacht door er arbitrageprocedures van te maken.

Geïstitutionaliseerde vormen van alternatieve geschilbeslechting zijn niet voorhanden voor de onbenoemde tendensinstelling. Overwegingen van identiteit geven voor dit type tendensinstelling kennelijk geen aanleiding de burgerlijke rechter te willen passeren. Alternatieve geschilbeslechting spitst zich vooral op mediation toe.

Hoofdstuk 7

In Hoofdstuk 7 wordt de blik op Duitsland gericht. Het Duitse arbeidsrecht laat zich inhoudelijk goed met het Nederlandse vergelijken. Het grote verschil is de relatief

geringe codificatie. Daarnaast heeft voor de tendensinstelling het bestaan van een eigen kerkelijk arbeidsrecht voor kerken en instellingen die daaronder vallen, grote betekenis. Daaraan ten grondslag ligt het Selbstverständnis en het daaruit voortvloeiend Selbstbestimmungsrecht van de kerken. Benoemd moet verder worden het zorgvuldig bewaken van de positie van minderheden in Duitsland, wat mede tegen de historische achtergrond kan worden gezien.

Parallel aan de behandeling van wetgeving die in Nederland bepalend is voor de positie van de tendensinstelling als werkgever in het arbeidsrecht, is een aantal wetten besproken waarvan ten aanzien van de Duitse situatie hetzelfde kan worden gezegd. De basis voor het kerkelijk arbeidsrecht is te vinden in het GG. De kring van instellingen die tot de kerk worden gerekend en daarmee onder het kerkelijk arbeidsrecht vallen, is ruim. Organisatorische samenhang hoeft niet bij definitie een vereiste te zijn. Ook kerkelijke instellingen die actief zijn op het maatschappelijk middenveld kunnen eronder vallen. Het AGG is de wetgeving ter uitwerking van de Kaderrichtlijn. De uitzondering op het verbod van benadeling voor de tendensinstelling is geformuleerd als zelfstandig recht in relatie tot de verbodsgronden. Behalve het belang van functiegerelateerde eisen voor de tendensinstelling krijgt ook een houding van loyaliteit en goede trouw in de wettekst erkenning. Een met het CGB vergelijkbare instelling ontbreekt, en daarmee ook de instantie die de toon zet bij de interpretatie van de wetgeving inzake gelijke behandeling. Het BetrVG regelt vanuit de grondwettelijke vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de persvrijheid de positie van tendensinstellingen die geen kerk zijn. Voor tendensbescherming is vereist dat de betreffende werknemer Tendenzträger is. Het KSchG is van toepassing op het ontslagrecht, waarbij het tegengaan van discriminatie voorop staat. Ook voor kerken geldt het KSchG, maar de toepassing staat wel in het teken van kerkelijke autonomie.

Het Duitse arbeidsrecht is voor een groot deel rechtersrecht, wat het des te belangrijker maakt kennis te nemen van de stand van zaken. De jurisprudentie kent de kerkelijke werkgever een ruime marge bij het stellen van identiteitseisen aan werknemers. Bij de beoordeling van zaken weegt de eis van een houding van loyaliteit en goede trouw en daarmee van de arbeidsorganisatie als samenhangend geheel, zwaar. Voor de overige tendensinstelling is de ruimte voor identiteitseisen kleiner, want deze is gerelateerd aan medezeggenschap en gekoppeld aan de hoedanigheid van werknemer als Tendenzträger. Onder invloed van het Europese recht is een ontwikkeling zichtbaar in de richting van een zwaarder accent op de functie en een daarmee gepaard gaande verscherpte motiveringsplicht. Er moet sprake zijn van een concrete afweging van de belangen van werkgever en werknemer. Mits aan deze vereisten wordt voldaan, blijft de ruimte in Duitsland voor de kerkelijke werkgever en in mindere mate voor de tendensinstelling, de identiteit in de arbeidsorganisatie vorm te geven, groot. Een al te formalistische benadering van het concept Tendenzträger maakt de speelruimte voor de overige tendensinstelling daarentegen kleiner.

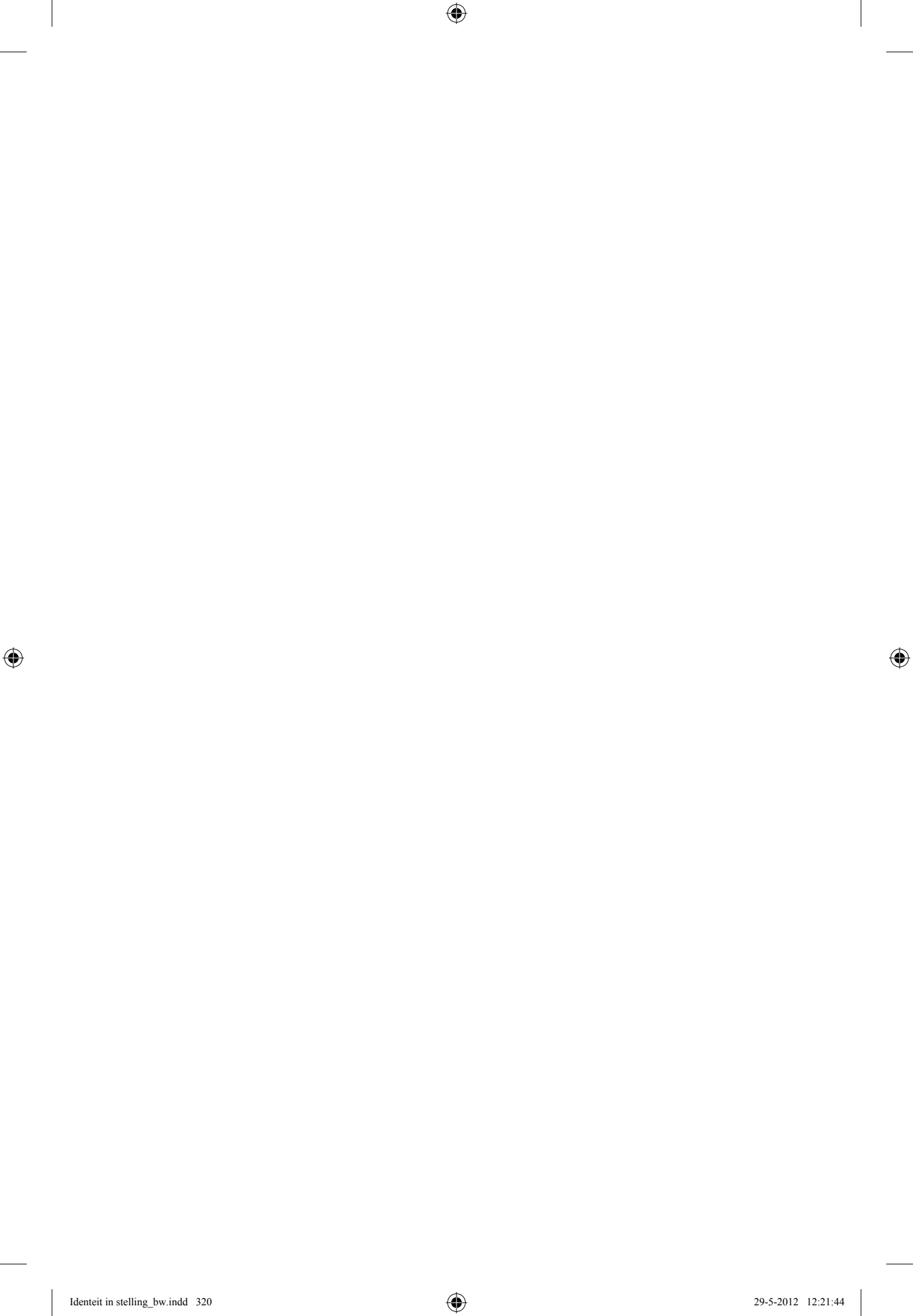
De Europese Commissie heeft Duitsland gemaand de Kaderrichtlijn op meer beperkende wijze in het AGG tot uiting te brengen. Uit de wijze waarop de Duitse bondsregering de kritiek heeft gepareerd, spreekt het besef dat nationale lidstaten

voor wat betreft organisatievorming op basis van godsdienst of levensbeschouwing hun eigen accenten willen houden.

De situatie in Nederland en Duitsland laat zich, met alle onderscheid vanwege verschillende rechtsstelsels in aanmerking genomen, overwegend goed vergelijken. Een voor de tendensinstelling groot voordeel is de ruime werkingssfeer van het kerkelijk arbeidsrecht. In het algemeen lijkt Duitsland meer terughoudendheid te tonen bij het maken van inbreuken op de positie van de kerkelijke werkgever dan Nederland. Het uitgangspunt van het Selbstverständnis en de daaruit voortvloeiende Selbstbestimmung leidt tot een groter respect voor de interne samenhang van de arbeidsorganisatie. De overige tendensinstelling moet daarentegen strikt motiveren of de betreffende functie als Tendenzträger de aanspraak op de tendensbescherming van het BetrVG rechtvaardigt.

Hoofdstuk 8

Hoofdstuk 8 laat de in de voorgaande hoofdstukken getrokken lijnen in een synthese uitlopen. Tegen de achtergrond van het (internationale) rechtskader, de literatuur en de jurisprudentie krijgen de structuur en categorisering van de tendensinstelling vorm, waarop de vraag naar de positionering in het arbeidsrecht wordt besproken. Op deze basis kan een afwegingskader voor de doorwerking van identiteit in de arbeidsverhouding tot stand komen. Apart aandacht vraagt het aspect grondrechten. Ook voor de collectieve dimensie wordt ten aanzien van de CAO en de besproken wetten aangegeven op welke onderdelen identiteit een rol kan spelen. Enkele aanbevelingen worden gedaan ten aanzien van de wetgeving om het voeren van een identiteitsbeleid bij de arbeid beter tot zijn recht te laten komen. Tot slot worden de geschilprocedures tegen het licht gehouden.



Summary

Introduction

This study focuses on the legal position of the *tendensinstelling* ('tendency institution'; that is, an institution whose identity is based around a particular religious or philosophical conviction) in its capacity as an employer in Dutch labor law. For each chapter of the study, this summary gives an overview of the topic under discussion.

Chapter 1

Chapter 1, by way of introduction, explains the issue at hand by offering a consideration of why a government in a pluralistic society must allow room for convictions which are at odds with the mainstream. An individual can fully thrive only where sufficient attention is paid to the importance of a collective organizational provision in which his ideals and aims can find their proper expression within his social experience. An essential element here is the subject's ability to identify – even if critically – with the basic values of his national legislative framework.

The tendency institution gives collective and organizational expression to the freedom of religion or belief. The historical and legal perspectives offer a basis for the constitutionality of the leaving of this room for conscience. A substantial element in this heritage has been the relationship between church and state as it has developed in the Dutch context over the centuries. There is an interaction between the two, one which has historically taken account of a recognition of the distinct positions, powers and responsibilities of each sphere. The state shapes the legislative framework of the tendency institution.

The social and political perspectives indicate that the position of the individual has become a practically all-decisive legal standard. Forming part of any group or community is now seen as entailing a curtailment and possibly even a violation of one's personal rights as an individual. A strict and purely legal application of the principle of equality, however, will reduce diversity in society to the merely individual in scope, whereas a pluralistic society must seek an equilibrium in the competing claims to various rights. The room for the tendency institution in labor law stands or falls to a significant degree in accordance with the far-reaching impact of the principle of equal treatment in respect of the freedom of religion or belief in particular. Where equal treatment results in obligatory equalization, no room is left for the tendency institution.

Chapter 2

Chapter 2 further traces the development of the concept of the tendency institution. From a political or philosophical standpoint, the tendency institution aims to achieve a social ideal. It is identity that gives voice to the core values and spiritual embodiment of a social movement. There is an interplay between the individuality of the institution, which is a social construction, and the personal identity of the employees. Moreover, identity is shaped in relation to an environment which is in continuous flux. In the legal sense, identity can be taken as a quality which is a factor of consideration in determining the legal relationship between contracting parties.

Identity must be considered in association with principles, culture and image. Moral foundation is the basis of any identity. Culture is the perception thereof, while image is its expression. The values, standards and rules of culture are formed in line with identity. Identity gives direction to culture; culture reinforces identity. Image is concerned with the externalization of identity. It is a side-effect of the perception and appreciation of a given identity by observers external to that institution. Identity implies a conscious attitude with respect to corporate social responsibility (CSR). The existence of identity informs a person's actions with regard to CSR.

The identity of a tendency institution stands or falls according to the quality of personal involvement of the employees in relation to identity. For a proper understanding of the tendency institution and the internal coherence of the labor organization, it should be recognized that even employees whose function has no direct bearing upon the identity of the organization can, in and through their performance at work, nevertheless influence its identity. In the interests of healthy management, among which aspects of internal mobility are to be included, identity ought to play a role in the employment contract from the very outset.

Institutional theory offers a legal-theoretical basis for a correct understanding of the concept of the tendency institution. Here, an organization is considered as the corporate expression of an ideal held by the participants in common (*l'idée d'oeuvre ou d'entreprise*). The institution has its own legal personality, separate from that of the coordinating legal order (the state). Institutional theory resonates with ideas concerning subsidiarity and sphere sovereignty (Kuyper's *soevereiniteit in eigen kring*), the Dutch Protestant counterpart expression of this concept. In practice, institutional theory is used as an explanatory factor to define contractual relationships between employer and employee.

Building-blocks of such conceptualization can be found in the literature. Although the terminology used by various writers reveals varying views of the range and the legal implications of the tendency employer, these authors do agree in their conception of the existence of a group of employers for whom a separate and specific approach in labor law can be justified. The importance of fundamental rights and the mutual assessment thereof plays a central role in defining the position of the tendency institution. Another central topic here is the degree to which the employees are required to conform to the common identity and the way in which

that is reflected in labor relations. The characteristics that can be distilled from the literature are that the employers affected by this are those who derive their corporate identity from ideological prime motives, in which case a commitment may be required of their employees to the identity of the company. These employees are those who will be required to participate in the social movement concerned as a homogeneous entity. The origin of the concept of the tendency institution is to be found in the German law on employee participation: the *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG) provides for an exception for 'tendency organizations and religious denominations' (*Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften*). These institutions, in their capacity as employers, are largely left unaffected. The provisions of the law do not apply to them, or only to a limited extent. A further characteristic derived from the BetrVG is that to be regarded as a tendency institution, an organization must be one pursuing objectives directly and mainly emanating from its identity.

A tendency institution can in the German model be characterized as such if it meets the substantive characteristics of one. First of all, a tendency institution is one which aims to be a coherent single entity with its own religiously or philosophically-inspired identity. Secondly, such an institution is one which presents a united front ('closed') to the outside world. Thirdly, the character of the institution (the tendency), stamped by its identity, implies a treatment of employees which deviates from standards applicable in conventional labor law. Fourthly, the importance of the identity in achieving the institution's aims must be prominent. The appeal to the tendency character must be such that the tendency institution can in this respect reliably be distinguished from a conventional employer. A requirement levied upon these four elements taken together is that a consistent, sustained behavioral code must be observable.

The instrumental vision allocates a more or less exact role to the employee in the labor organization as regards identity. The organic vision, however, considers the employee as a participant in an organic community, in which showing one's identity is less strongly related to one's specific function. The more religion or belief 'sustains' the institution, as a result of which the employees as far as this aspect is concerned are fulfilling a meaningful position in these values and standards, the more robustly a far-reaching identification with the organization's identity and principles can be required. In the German legal model, a development towards an instrumental vision is discernible: the employee must be a *Tendenzträger* (tendency-bearer), as indicated by his job description, for him to be able to claim the tendency protection which the BetrVG guarantees.

A categorization of the bodies enjoying this protection can be made into two main sub-groups: religious denominations and other tendency institutions. The religious denomination traditionally enjoys a status apart in society, which is reflected in its legal position. A closer consideration will inquire into the position in Dutch law of independent bodies affiliated with the religious denomination compared with other tendency institutions. The further subdivision of the Other Tendency Institutions first-level division can be explained with reference to the historical perspective. The first of these sub-groups is the institution of particular

education, a school which bears the characteristics of a tendency institution.¹²⁸² The second is the de-facto tendency institution. Examples of the latter would be a religious publisher, a missionary society or a nursing home. Leaving the case of sole proprietorship aside, a religious denomination, an association or a foundation are potentially suitable legal forms for the tendency institution. Other forms of legal personality, such as the company (*vennootschap*), are not excluded.

The tendency institution is particularly active in the domain of civil society. Provided that the substantive characteristics of the tendency institution are met, it is also possible to consider a for-profit company as a tendency institution. Institutions in which the profit motive predominates, however, are not tendency institutions.

Chapter 3

Chapter 3 examines the legal framework for the tendency institution. International human rights treaties are by their very nature geared towards the individual. A specific treatment of the tendency institution is lacking in them. Protection of the individual, however, must go hand in hand with protection of the collective dimension which determines a substantial part of the assertion of the rights and freedoms on which these treaties are based. The ECHR and the ICCPR offer believers and adherents of a faith explicit space to give their convictions organizational expression. The ESC also recognizes the independent position of the tendency institution.

The EU Treaty of Lisbon, among other documents, recognizes the particular position of the tendency institution. At the same time, in EU law equal treatment has a prominent position, as expressed in several European directives. The European Court of Justice takes an activist stance to ensure the far-reaching impact of equal treatment in national law. The interpretation of European law, by which the ECJ strongly accentuates the far-reaching impact of the principle of equal treatment, influences the dimensions of the space left for the tendency institution. Likewise, the CEDAW is a pronounced example of the accentuation of equal treatment, as proven by the national judicial procedures around the so-called 'women's issue' regarding the Dutch orthodox protestant political party *Staatkundig Gereformeerde Partij* (SGP). The two aforementioned lines of acknowledged recognition of the position of the tendency institution converge, albeit taking into account equal treatment as an additional consideration, in Directive (EC) 2000/78 of the Council on equal treatment in employment and occupation. This 'Employment Framework Directive' creates room for the shaping of identity in personnel policy, even (or, rather, particularly) for instances where that striving will be in tension with the principle of non-discrimination.

Other than international law and EU law, the Dutch Constitution (*Grondwet*) is the fundamental source for the study of national law. The tendency institution can be considered, as such, as a holder of fundamental rights. The constitution affects

¹²⁸² *Bijzonder* is literally translated as 'particular'. In the Dutch context, this adjective in combination with a school has particular reference to religion or belief, or in other words, the tendency character.

labor law. In case-law, this becomes apparent mostly by the application of an indirect test of the judicial standards of reason and fairness. A more direct horizontal application is also possible. The more visibly fundamental rights play a role in the assessment, the greater the chance that diverging agreements will come into conflict with one other. The Dutch Constitution stipulates no hierarchy of fundamental rights.

No other law lays down the parameters of the Employment Framework Directive for the tendency institution as distinctly as the *Algemene Wet Gelijke Behandeling* (Awgb, the law to ensure equal treatment). According to the *Wet Gelijke Behandeling mannen/vrouwen* (WGB m/v, a law which is soon to be incorporated within the Awgb), the Awgb has ensured that the assessment of fundamental rights actually takes place, by means of the criterion of equal treatment. The religious denomination, as far as internal legal relationships are concerned, and religious ministries have been excluded from the scope of application of the Awgb. For the remaining tendency institutions, special stipulations apply. For the institution of particular education, these exceptions have been formulated slightly more generously than for the de-facto tendency institution. The Awgb has what is known as a "closed scheme" of legally-permitted exemptions to the general prohibition of discrimination.

The European Commission has warned the Dutch government that the Employment Framework Directive should contain a more restrictive elaboration of the exemptions with respect to the tendency institution than are found in the provisions of the Awgb. The Dutch government is drafting legislation to guarantee terminological and substantive convergence with the Employment Framework Directive. As things currently look, however, the position of the tendency institution in the IW Awgb (*Integratiewet Awgb*, the successor of the Awgb) has been formulated in a more balanced way. The disappearance of the so-called '*enkelefeitconstructie*' (prohibiting the tendency institution from discriminating against potential or existing employees on the basis of the 'mere fact' of some feature of their personal identity), one of the adaptations, does not need to be labeled in advance as disadvantageous to the tendency institution.

The test applied by the CGB (*Commissie Gelijke Behandeling*, a comparable committee with semi-judicial status tasked with ensuring the rights guaranteed by the Awgb) within the framework of the supervision of the compliance with the Awgb can be characterized by its focus on the individual and on the specific content of the function of an employee. This committee focuses significantly less on the necessary context of the labor organization. The CGB attaches much importance to a consistent policy and consequently to behavior based on such. The one-dimensional assessment framework of the CGB grants a greater weighting to equal treatment than is offered in case-law.

Although its objectives are of a socio-economic nature, at the time of drafting of the BBA (*Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen*, a piece of legislation dating back to the Second World War aiming to regulate the then volatile labor market) the Dutch legislature expressly took into account the constitutional protection of the position of denominational and educational institutions. In addition, the WAV

(*Wet Arbeid Vreemdelingen*, which regulates immigrant labor in the Netherlands), and a connected act, the *Vw 2000 (Vreemdelingenwet 2000*, which regulates affairs concerning the length of stay and (labor) activities of foreigners), take into account the interests of the tendency institution. The underlying idea is that the justified interests of several groups in a pluralistic society should be well served by this targeted legal attention. In its turn, Dutch society also benefits from the wellbeing of religious institutions. The WBP (*Wet Bescherming Persoonsgegevens*, which regulates the handling of personal data) also has an eye to the specific needs of tendency institutions.

A coherent approach to the term 'tendency institution' is lacking in the laws discussed. Nor are criteria available to determine in which cases the tendency institution needs specific attention. A uniform approach to the term 'tendency institution' is desirable, so that at the creation of legislation and regulation a specific, appropriate assessment can take place concerning the desirability of taking any necessary provisions to ensure the continued good functioning of the tendency institution.

Chapter 4

Chapter 4 considers how and to what extent the tendency institution can reflect identity in the labor organization. This discussion observes the chronological course of the employment contract. A distinction must be made between the phases of inflow (recruitment, selection and appointment), flow and outflow.

An employment contract assumes the applicability of labor law. In order to regulate its internal legal relationships, the religious denomination is entitled to considerable latitude. The church worker, a particularization of the ecclesiastical function, can be subject to labor law. For both their parts, the parties involved must provide clarity concerning the formal status of the function and must set out the desired legal relationship in writing.

Since, from the phase of recruitment onwards, the tendency institution makes demands with respect to identity, it is vital for the consistency of the labor organization to avoid narrowing down the meaning of identity to the mere carrying out of a few core functions. However, the tendency institution must make a plausible case that it is only possible to fulfill a function properly and to contribute to the objectives if one's identity will serve to consolidate the function. The phase of selection serves to allow the organization to gain insight into the aptitude of the applicant according to a systematic, transparent and controllable procedure. Affinity with the institution's identity can be a substantive requirement, provided that this has been substantiated from a conceivably necessary linkage to the proper carrying-out of the function. A requirement for a far-reaching personal identification with the identity cannot be ruled out here. At the stage of the appointment, the question crops up as to how one's commitment to identity might be enunciated. The type of commitment required is different for each tendency institution. The degree of commitment is most pronounced in the case of a religious denomina-

tion, above all for the ministry, followed by the institution of particular education and last of all with the de-facto tendency institution. The degree of commitment or identification is further stipulated by the nature of the job function within the labor organization: one function will have a more direct link with identity than the next. Functions with strong identity requirements are perfectly suitable ones for the employee to be required to agree with or subscribe to the principles of the organization. For other functions, the tendency institution will merely ask that its identity be respected. Both forms of alignment can receive written endorsement in the employment contract.

Identity requirements can give rise to (potentially forbidden) discrimination within the meaning of the Awgb. In theory, the institution of particular education has wider leeway here than the de-facto tendency institution. Neither judgments handed down by the CGB nor case-law show any significant difference between the two types of tendency institutions in practice.

From case-law and verdicts of the CGB, the importance of a theoretically correct underpinning of one's identity requirements becomes clear. Besides, it is important that these needs are concretely and consistently realized and maintained in everyday practice. These criteria prove to be of vital importance during every phase mentioned: inflow, flow and outflow.

Regulations and agreements affect the duration of the labor relationship. Where the employer has more authority to make regulations, the employer is better able to stipulate identity requirements. On the other hand, agreements enable the employee to conform directly to the organization's identity. Time and money are the two basic resources for employment. The tendency institution can state that identity conformity will be appraised as part of the compensation package. However, the options for this are limited. In terms of working hours, it is particularly Sunday, or an equivalent weekly religious rest day (for example, the Jewish Sabbath) and Christian and other religious holidays that are relevant. There is greater room available for assigning one's own priorities in the latter aspect than in the stipulation of the employee's weekly day of rest.

The employer is well advised to safeguard his identity by precisely defining what constitutes desirable conduct at work. Aspects such as an employee's appearance, manner of expressing himself, social manners, use of the internet both on the work floor and in private, and lastly any change in his identity are illustrative of what the employer needs to be explicit about. Making reasonable identity demands is very much within the allowable scope, subject to how carefully they have been substantiated, whether they are common knowledge to the people concerned, and whether they are consistently applied. There must be a link between identity requirements in terms of the aforementioned aspects and their content, fulfillment, and the context of the job function. This does not rule out that requirements levied may also be applicable to one's conduct outside the workplace. Moreover, the discussion makes clear which identity requirements must be able to stand up to a scrutiny of opposing rights and liberties on the part of the employee. It is when an appeal is made to fundamental rights and freedoms that the principle of equality leaves the least room for laying down regulations. An appeal by the employee to

freedom of religion leads to a more exacting duty of defense on the part of the employer. The right to respect for private and family life in the labor situation, on the other hand, is subject to further restrictions. In addition, the requirements made by the tendency institution itself in external behavioral standards may hark back to considerations of religion and philosophy. An explicit assessment of fundamental rights is recommended when necessity arises. Insofar as fundamental rights are assessed in practice, however, this takes place mainly within the framework of the test of reasonableness. An assessment of the grounds for restriction of constitutional and international fundamental rights has yet to be produced. Certainly in any case of discrimination based on the grounds specified in the Awgb, the assessment will require precision. At the stage of flow, too, the CGB permits less room for requirements of identity than the courts do. Case-law appears inconsistent in this regard, which is all the more reason for the implementation of a well-considered identity policy: if one thing is clear, it is that those institutions which can prove that they have to deal with identity issues in a considerate manner have the greatest chance of succeeding when disputes occur in everyday practice.

Failing to meet identity requirements can in extreme cases bring about the termination of an employment contract. To avoid this, disciplinary measures can forestall such a decision. Moreover, the tendency institution must itself be accountable for the matter of whether an alternative to the suspension of the employment contract within the labor organization is available. In these circumstances, the question arises as to whether the risk of failing to honor identity requirements is borne by the employer or the employee. The more the risk is determined to be at the expense of the employee, the more limited in scope any redundancy scheme will be. In the assessment, the employer must include a consideration of the nature of the conflict, the nature of the job function and all remaining circumstances of the case, among which will be personal circumstances, such as the impact of any dismissal.

Chapter 5

Chapter 5 examines the collective aspect, discussing the collective labor agreement (*collectieve arbeidsovereenkomst*; CAO), and (laws on) employee participation (*Wet op de ondernemingsraden*; WOR, *Wet medezeggenschap op scholen*; WMS, *Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen*; WMCZ) and collective action, or the right to strike.

In the first place, the instrument of the collective labor agreement offers, certainly at organizational level, a modality for constructing a tailor-made job in the field of identity, as provisions can be taken concerning working on religious rest days and holidays, concerning collective action, or concerning alternative dispute settlement. The possibility to commit the employees under the collective labor agreement to aspects which effectively affect identity has a more profound impact. In practice, the collective labor agreement is hardly ever used for that purpose.

Of the three laws under discussion, the WOR is the most important. Although the WOR is not mandatory for a religious denomination, several denominations

do use the WOR as a model for participation in the labor organization. The WOR has evolved into its current form throughout the past decades. Thus the aspect of identity has not remained unconsidered, but has been shunted into the background in the course of time. No provisions have been made in the WOR to meet the needs of labor organizations which harbor fundamental reservations about the (far-reaching) Dutch legal requirement for employee participation (*medezeggenschap*) in governance. The dispensation possibility, moreover, is not intended for the raising of fundamental objections against participation. The WOR does, however, offer an option to make agreements with the employees' council on the possible receiving of wider powers. In this way, the tendency institution can utilize employee participation to further the identity policy.

The WMS is the participation (*medezeggenschap*) law for schools. Its completion marks an end to the generic dispensation possibility which formed part of the predecessor statute, WMO 1992. It has been replaced by a more limited exception regulation, the key to whose use lies in the hands of the participation council (*medezeggenschapsraad*/MR), which has become a standard Dutch organizational concept. Dispute regulation has taken on a general character, with which an end has come to there being any distinct procedures for particular education. It is also true of this law that the key must be sought in a well-considered, integrated identity policy. Participation can help safeguard identity.

The WMCZ regulates participation for clients of care institutions. Although this law does not directly address the labor organization, there are similarities with regard to the position of employees. Furthermore, in the legislative history leading up to the WMCZ and its predecessors, attention had been drawn to the position of institutions with a religious or philosophical identity. The democratization rules of this legislation (requiring scope for client participation), however, outweigh any infringement there may be of the religious or philosophical identity of institutions. On the other hand, the WMCZ does allow for tailored forms of participation. The setting-up of an advisory body with its own powers to look after identity can, for example, serve as a counterbalance to the participation council. In the settlement of disputes, too, there is a safeguard to help maintain identity.

Unlike in the case of the collective labor agreement or of employee participation, industrial action is by definition an instance of consensus having broken down. In situations in which relationships are growing tenser, mediation can be an option to reach an agreement. This consideration is particularly relevant to the tendency institution with a religious identity which is incompatible with collective strike action.

Chapter 6

Chapter 6 focuses on alternative dispute resolution. For tendency institutions, dispute resolution can be considered the making or breaking of the right to self-determination. The fundamental principles of procedural rules apply in principle, but some measure of deviation is possible. Alternative dispute resolution presupposes

the possibility of renouncing the right of access to the civil courts. This must be done unambiguously and voluntarily.

Religious denominations have a rich tradition of alternative dispute resolution. It is preferable to dovetail internal procedures as completely as possible with generally-acknowledged procedural guarantees and fundamental legal principles. From case-law the conclusion can be drawn that the sounder a procedure is, the more cautiously a civil court will tread. Where dispute resolution has been assigned to an ecclesiastical court, the parties involved in a dispute with both church law and civil law aspects will in principle have to follow the church procedure. Should they omit to do so, the civil court will generally dismiss the appeal. It is a different story when following church procedure cannot reasonably be expected because of significant extenuating circumstances. In such a situation, it may occur that the statutes for the dispute under discussion do not comply with the fundamental principles of procedural law. Certainly for labor law, the idea is important that in such a case it is not the actual legal relationship between parties but the nature of the legal claim that is decisive for the jurisdiction of the civil court.

The same trend can be extended to alternative dispute resolution in schools of particular (*bijzonder*) education. Appeals committees have a distinguished heritage. The legal obligation of the school to respect the decision of the appeals committee is the result of obedience being a precondition of continued taxpayer funding. Strictly speaking, this requirement need not be complied with. The issue of the legal character of the verdicts of the appeals committee seems to have been satisfactorily settled in case-law nowadays. Where parties mutually have explicitly reached agreement, the outcome of the procedure has the legal status of binding advice.¹²⁸³ For a civil court, agreements between parties form the basic premise in determining whether there is any interference in the procedure and in testing the outcome. The future of appeals committees is, however, in doubt. One of the central issues currently at stake is a gradual undermining of the procedure. Both schools and employees tend to prefer a verdict from the civil court, if necessary by lodging an appeal. We must note in passing here that in these procedures, aspects of identity in the procedures conducted play no meaningful role. One might succeed in reinforcing the role of the appeals committees by upgrading them to arbitration procedures.

Institutionalized forms of alternative dispute resolution are not open to the de-facto tendency institution. Obviously, considerations of identity are no reason for this type of tendency institution to forego the civil courts. Interest in alternative dispute resolution must be especially sought within the domain of mediation.

Chapter 7

Chapter 7 focuses on Germany. In a comparison of content, German labor law compares well with Dutch labor law. The major difference is the relatively light degree of codification in Germany. For the tendency institution, the existence

¹²⁸³ 'Binding advice' is here a literal rendition of Dutch *bindend advies*, a form of alternative dispute resolution. Binding advisors provide a *bindend advies* with which the parties have in advance agreed to comply.

of the institution's own ecclesiastical labor law for churches and related institutions is meaningful. The *Selbstverständnis* (self-image) and, arising from it, the *Selbstbestimmungsrecht* (self-determination) of the churches form the basis of this dual system. Another matter that is worth mentioning is the careful monitoring of the position of minorities in Germany, which should be seen in historical context.

Parallel to the treatment of legislation, which in the Netherlands determines the position of the tendency institution as an employer in labor law, this chapter discusses a number of comparable laws with respect to the German situation. The basis for ecclesiastical labor law is found in the *Grundgesetz* (constitution). The range of institutions which are counted as pertaining to the church, and which accordingly are subject to ecclesiastical labor law, is wide. Organizational consistency is not necessarily a requirement: ecclesiastical institutions which are active in civil society can also be counted as forming part of the church. The *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG; law concerning equal treatment) contains the legislation for the German implementation of the Employment Framework Directive. For the tendency institution, the exemption from the prohibition of *Benachteiligung* (disadvantage; as said previously, the Dutch Awgb contains a prohibition of discrimination, a subtle difference) has been formulated as an independent right in relation to the grounds for prohibition. Besides the importance of job function-related requirements for the tendency institution, an attitude of allegiance and fidelity also receive recognition in the German legal text. An institution analogous to the Dutch CGB is lacking, and thereby also any agency to take the lead in the interpretation of the legislation concerning equal treatment. The BetrVG regulates the position of tendency institutions (*Tendenzbetriebe* and *Tendenzunternehmen*) other than churches. For the award of tendency protection, it is required that the employee concerned is a *Tendenzträger*, i.e., has a job function that is germane to the organization's identity. The *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG; rules for dismissal) applies to labor law, and reducing discrimination is of prime importance here. The KSchG also applies to churches, but its application is dominated by the phenomenon of ecclesiastical autonomy.

German labor law is largely judicial law, which makes a thorough acquaintance with the status quo all the more important. German case-law grants the ecclesiastical employer a wide berth in making identity demands of employees. In jurisprudence, an employee's attitude of allegiance and fidelity, which filters through to the labor organization as a coherent whole, weighs heavily. For the remaining (non-church) tendency institutions, the room allowed for identity requirements is smaller, being determined by employee participation (BetrVG) and to an employee's being a *Tendenzträger*. Under the influence of European law, a development is discernible in the direction of a heavier emphasis on a demonstrable relationship between identity and job function, and this is accompanied by tightened obligations to give reasons in defense of that association. To be accepted as valid, such a reasoning must evidence a concrete assessment of the interests of employer and employee. Subject to these requirements, the space in Germany for the ecclesiastical employer is significant. To a lesser degree, this holds good for the tendency institution, too. A legalistic approach to the *Tendenzträger* concept restricts the scope

of applicability for the remaining tendency institutions.

The European Commission has urged Germany to apply the Employment Framework Directive in a more restrictive manner through the AGG. Considering the manner in which the German federal government parried criticism, it is apparent that Member States are keen to continue setting their own priorities with regard to the treatment of groups based on religious and philosophical convictions, and their organizations.

The situation in the Netherlands and in Germany is quite comparable for the greater part. Of course, the distinctions arising from the different legal systems should be taken into account. A major advantage for the German tendency institution is the wide scope of action of ecclesiastical labor law. In general, Germany seems to show more restraint in violating the position of the ecclesiastical employer than the Netherlands does. The principle of *Selbstverständnis*, and *Selbstbestimmung* resulting from it, results in a more fulsome respect in Germany for the internal consistency of the labor organization. On the other hand, the other categories of tendency institution, *Tendenzbetrieb* or *Tendenzunternehmen*, must mount a defense of whether the very employee concerned occupies a function as a *Tendenzträger*. This is necessary to lay claim to the tendency protection of the BetrVG.

Chapter 8

Chapter 8 draws the outlines of the previous chapters to a conclusion. It is against the background of the legal (including international law) framework, the literature and case-law that the structure and categorization of the tendency institution receive their form. Next, the question of positioning in the labor law is discussed. On this basis, an assessment can be made of the far-reaching impact of identity in labor relations. Fundamental rights deserve particular attention. For the collective dimension too, with respect to the collective labor agreement and the laws discussed, it is indicated for which components identity may play a role. With respect to legislation, some recommendations are made to further the effect and help improve the implementation of an identity policy at work. Finally, dispute resolution procedures are reviewed.

Jurisprudentie

EHRM 23 september 2010, 1620/03 (Schüth/Duitsland).
EHRM 23 september 2010, 425/03 (Obst/Duitsland).
EHRM 16 februari 2009, 32792/05 (Pay/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 16 december 2008, 2009/17, LJN BH1809 (Mustafa en Tarzibachi/Zweden).
EHRM 23 september 2008, 48907/99 (Ahtinen/Finland).
EHRM 12 februari 2008, 14277/04 (Guja/Moldavië).
EHRM 5 april 2007, 18147/02, NJCM-Bulletin 2007/32 (m.n. Loof) (Scientology/Rusland).
EHRM 3 april 2007, NJ 2007/617 (Copland/Verenigd Koninkrijk).
EHRM 13 april 2006, 55170/00, JIN 2006/360 (m.n. Zondag) (Kosteski/Macedonië).
EHRM 10 november 2005, 44774/98, RJ&D 2005-XI (Leyla Sahin/Turkije).
EHRM 24 juli 2003, 2003/83 (Karner/Oostenrijk).
EHRM 13 februari 2003, 2003/28, NJ 2005/73 (m.n. Alkema) (Refah Partisi/Turkije).
EHRM 14 maart 2002, 46833/99, JAR 2002, 137 (Diego Nafria/Spanje).
EHRM 20 juli 2001, 30882/96 (Pellegrini/Italië).
EHRM 26 oktober 2000, 30985/96, RJ&D 2000/XI, AB 2001, 183 (m.n. Kanne) (Hassan en Chaush/ Bulgarije).
EHRM 27 juni 2000, 27417/95 (Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk).
EHRM 16 december 1997, 25528/94 (Rooms-Katholieke Kerk Canea/Griekenland).
EHRM 26 september 1995, NJ 1996/545 (Vogt/Duitsland).
EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (Kokkinakis/Griekenland).
ECRM 6 september 1989, 12242/86, D.R. 62, (151) 161 (Rommelfanger/Duitsland).
ECRM 14 juli 1987, 12587/86 D&R 1987/53 (A.R.M. Chappell/ Verenigd Koninkrijk).
EHRM 23 oktober 1985, 1/1984/73/111, AB 1986/1 (Benthem/Nederland).
ECRM 26 april 1979, NJ 1980/146 (Sunday Times/Verenigd Koninkrijk).
ECRM 7 december 1976, NJ 1978/236 (Handyside/Verenigd Koninkrijk).

HvJ EG 19 januari 2010, nr. C-555/07 (Kükükdevici).
HvJ EG 26 februari 2008, JAR 2008/93 (Mayr/Flöckner).
HvJ EG 12 juni 2003, nr. C-112/00 (Milieudemonstratie Brenner autoweg).
HvJ EG 17 oktober 1989, nr. C-109/88, Jur. 1989, p. 3199 (Danfoss).
HvJ EG 13 mei 1986 (prejudiciële beslissing), nr. C-170/84, Jur. 1986, p. 1607, TVVS 1988, p. 187 (Bilka/Weber).
HvJ EG 31 maart 1981 (prejudiciële beslissing), nr. C-96/80, NJ 1982/419, Jur. 1981, p. 911 (Jenkins/Kingsgate).
HvJ EG 15 juni 1978, nr. C-149/77, Jur. 1978, p. 1365 (Defrenne III).
HvJ EG 8 april 1976, nr. C-43/75, Jur. 1976, p. 455 (Defrenne II).
HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70, Jur. 1971, p. 445 (Defrenne I).

HR 9 december 2011, NJ 2011/602 (Ds. De Boer/Zeevolde V).
HR 18 maart 2011, LJN: BO9570 (Uitkeringsregeling Wegener).
HR 17 december 2010, JAR 2011/10 (ABN AMRO).
HR 3 september 2010, LJN: BM7049 (Gevolgencriterium).
HR 9 april 2010, NJ 2010/388 (m.n. Alkema), AB 2010/190 (m.n. Van Ommeren) (Clara Wichmann/Staat, SGP III).
HR 10 april 2009, NJ 2010/471 (m.n. Klaassen) (Verschoningsrecht mediator).
HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet Transport II).
HR 14 september 2007, JAR 2007/250, JIN 2007/625 (m.n. Zondag) (Hyatt Aruba).
HR 20 januari 2006, NJ 2006/75 (Geen plicht tot mediation).
HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 (Gemeente Amsterdam/Honnebier).
HR 8 oktober 2004, NJ 2005/117, JAR 2004/258 (Van Pelt/Martinair).
HR 2 april 2004, JAR 2004/112 (Drankencentrale).
HR 30 januari 2004, JAR 2004/68, (Parallel Entry/KLM).
HR 19 december 2003, NJ 2004/559 (Aarlanderveen III).
HR 14 november 2003, JAR 2003/296 (Drie-S-Invest/Mammoet).
HR 20 juni 2003, JAR 2003/179 (Wickel/Klene).
HR 17 januari 2003, NJ 2004/280, JAR 2003/40 (m.n. Thierry) (ABN AMRO/Teisman).
HR 17 januari 2003, LJN: AE9395 (IMS/Iran).
HR 28 juni 2002, JAR 2002/168 (Uitleg CAO).
HR 31 mei 2002, JAR 2002, 153 (Uitvoeringsregeling CAO).
HR 16 november 2001, JAR 2001/258 (Redelijkheidstoets).
HR 9 november 2001, NJ 2001/692, JAR 2001/240, JOL 2001/658 (Bartels/Hogeschool Brabant).
HR 6 april 2001, NJ 2001/325 (Representativiteit cliëntenraad).
HR 12 februari 1999, JAR 1999/102 (S./E.).
HR 26 juni 1998, NJ 1998/767; JAR 1989/19 (Van der Lely/Taxi Hofman).
HR 31 mei 1996, NJ 1996/693 (Amghane/Commissie van beroep).
HR 20 oktober 1995, NJ 1996/330, JAR 1995/251 (Van Asseldonk, Stichting Vrouwmens/Bisschop van 's-Hertogenbosch).
HR 17 juni 1994, NJ 1994/757 (Arbeidsovereenkomst imam).
HR 8 april 1994, NJ 1994/704 (m.n. PAS) (Agfa/Schoolderman).
HR 25 februari 1994, NJ 1994/377 (Inhopro/Schoenmaker).
HR 20 maart 1992, NJ 1992/725 (Universitaire medewerker).
HR 7 december 1990, NJ 1991/ 593 (Onwaardige deelgenoot).
HR 3 maart 1989, NJ 1989/549 (m.n. PAS) (Choaibi/NS).
HR 25 november 1988, NJ 1989/730 (Centrum voor Onderwijsbegeleiding Zaanstreek/Pot).
HR 1 juli 1988, NJ 1988/1034 (Delta Lloyd/N).
HR 31 oktober 1986, NJ 1987/173 (Sint Walburga).
HR 30 mei 1986, NJ 1986/702 (Imam/Islamitische Vereniging).
HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 (NS).
HR 22 november 1985, NJ 1986/275 (Bindend advies).
HR 13 april 1984, NJ 1985/2 (m.n. Pas) (Schrijen/Veders).

HR 30 maart 1984, NJ 1985/350 (De Venhorst/Inan).
HR 19 oktober 1979, NJ 1980/57 (Lerares talenpracticum).
HR 14 december 1973, NJ 1974/92 (Arbitrage).
HR 4 november 1969, NJ 1970/127 (Ritueel slachten geit).
HR 15 januari 1960, NJ 1960/84 (Panhonlibco).
HR 23 juli 1946, NJ 1947/1 (Kerkscheuring Houwerzijl).
HR 29 januari 1931, NJ 1931/1317 (Huize Lydia).

Hof Den Haag 10 april 2012, Zaaknummer: 200.017.676/01 (Moslim-klantmanager Rotterdam III).

Hof Amsterdam 8 november 2011, LJN: BU3265 (Scheidsgerecht Slotervaartziekenhuis III). Hof Amsterdam 6 september 2011, LJN: BR6764 (Kledingregels Volendam III).

Hof Den Haag 21 december 2010, AR 2011/0112 (Functiewaardering 2).

Hof Amsterdam 15 juni 2010, JAR 2010/79 (Koptisch crucifix II).

Hof Arnhem 19 januari 2010 LJN: BL0003 (Ds. De Boer/Zeevolde IV).

Hof Leeuwarden 27 januari 2009, JIN 2009/178 (Verhouding burgerlijke rechter CGB).

Hof Arnhem 24 juni 2008, LJN: BF3815 (Ds. De Boer/Zeevolde III).

Hof Den Haag 20 december 2007, NJ 2008/33 (Clara Wichmann/Staat, SGP II).

Hof Amsterdam 24 juli 2007, LJN: BB0057, NJCM-Bulletin 2008, p. 498 (m.n. De Blois) (Hoornbeeck II).

Hof Amsterdam 12 juli 2007, JAR 2008/9 (Toestemming voor nevenwerkzaamheden).

Hof Leeuwarden 2 mei 2007, RAR 2007/92 (Rij-instructeur).

Hof Den Haag 8 september 2006, JIN 2007/2 (m.n. Zondag) (Portefeuillemanager Metterwoon).

Hof Amsterdam 22 juli 2005, JAR 2005/232 (Kledingvoorschriften trambestuurders II).

Hof Den Haag 18 september 1997, NJkort 1997/76 (Aarlanderveen II).

Hof Den Haag 30 november 1995, NJ 1996/324 (Franssen/SGP).

Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193 (Hoogcarspel/SBK).

Rb. Utrecht 4 augustus 2010, LJN: BN3804 (Scheidsgerecht Slotervaartziekenhuis II).

Rb. Rotterdam 25 januari 2010, LJN: BL0900 (Blogspot).

Rb. Rotterdam 2 september 2008, RAR 2008/167, JAR 2008/265 (Rechtsverhouding congregatie en broeder).

Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, JAR 2008/234 (Moslim-klantmanager Rotterdam II).

Rb. Amsterdam 21 januari 2008, JIN 2008/219 (Disciplinaire straf brandweermannen).

Rb. Utrecht 30 augustus 2007, TAR 2007/197, AB 2007/307 (Handenschudden docente economie II).

Rb. Den Haag 30 november 2006, AWB 06/2696 (Subsidiëring SGP I).

- Rb. Den Bosch 9 oktober 2006, LJN: AZ0502 (Accepteren zondagswerk).
- Rb. Utrecht 1 augustus 2006 (voorzieningenrechter), LJN: AY5353 (Hoorndreeck I).
- Rb. Den Haag 26 juli 2006, KG 06/767, LJN: AY5005 (Ongemengd danspaar II).
- Rb. Den Haag 7 september 2005, NJ 2005/473, AB 2005/398 (m.n. Kanne) (Clara Wichmann/Staat I).
- Rb. Den Haag 7 september 2005, NJ 2005/474 (Clara Wichmann/SGP I).
- Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62 (Vrouwelijke vrachtwagenchauffeur).
- Rb. Assen 19 mei 2004, JAR 15 oktober 2004/14 (Interne kerkelijke rechtsgang).
- Rb. Leeuwarden 24 juni 2003, LJN: AH 8543 (Trouwambtenaar Leeuwarden II).
- Rb. Den Haag 22 januari 2003, JAR 2003/65, (m.n. Vegter) (Rookvrije werkplek).
- Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, NJ 2003/87 (Geen plicht tot mediation).
- Rb. Zwolle (vz.) 1 februari 2002, LJN: AD8785 (Ds. De Boer/Zeeuwolde I).
- Rb. Den Haag 23 mei 2001, JAR 2001/124 (Kledingvoorschriften postbodes II).
- Rb. Amsterdam 21 mei 2001, AB 2001/342 (m.n. Vermeulen) (Santo Daime Kerk).
- Rb. Haarlem (vz.) 17 oktober 2000 en Ktr. Haarlem 16 november 2000, JAR 2001/9 (Gepikte pinda).
- Rb. Den Haag 19 januari 2000, JAR 2000/6 (Zondagsrooster ANWB).
- Rb. Maastricht (vz.) 29 december 1999, rolnr. KG 99/550 (Natuurgeneeskundige therapeuten).
- Rb. Amsterdam 3 november 1999, JAR 1999/252 (Nederlands bij de PTT III).
- Rb. Haarlem 18 maart 1997, JAR 1997/85 (Sikh I).
- Rb. Den Haag 29 november 1995, 92/6878 (Aarlanderveen I).
- Rb. Den Haag 1 november 1995, Rechtspraak Nemesis 1995/36 (Franssen/SGP).
- Rb. Amsterdam 16 maart 1994, NJ 1995/701 (Rabbinaal Tribunaal).
- Rb. Den Haag 2 september 1993, TAR 1993/234 (Pallas College I).
- Rb. Rotterdam 4 oktober 1974, NJ 1976/116 (Kappersacademie).
- Ktr. Den Haag 2 november 2011, LJN: BU3104 (Homoseksuele leraar).
- Ktr. Haarlem 4 april 2011, LJN: BQ0063 (Kledingregels Volendam II).
- Ktr. Leeuwarden 16 februari 2011, LJN: BP4009 (Meewerken aan erotisch getinte film).
- Ktr. Amsterdam 15 december 2010, LJN: BO 8932 (Scheidsgerecht Slotervaartziekenhuis I).
- Ktr. Haarlem 24 september 2010, LJN: BO2066 (Kale stewardess).
- Ktr. Groningen 3 maart 2010, JIN 2010/201 (Blaastest).
- Ktr. Amsterdam 14 december 2009, JAR 2010/3 (Koptisch crucifix I).
- Ktr. Den Helder (voorzieningenrechter) 29 oktober 2009, JAR 2010/43 (Drugs & alcohol policy).
- Ktr. Maastricht 1 oktober 2009, JAR 2009/279 (Intensiteit internetgebruik).
- Ktr. Haarlem 29 september 2009, LJN: BK0371 (Alcoholverslaving gezagvoerder).
- Ktr. Den Bosch 13 juli 2009, LJN: BJ2840 (Driekwartmouwen).
- Ktr. Haarlem 20 mei 2009, LJN: BI6258 (Overtreden rookverbod).
- Ktr. Haarlem 3 februari 2009, JIN 2009/180 (Weigeren mediation).
- Ktr. Haarlem 2 januari 2008, JAR 2008/26 (Geconsumeerde cashewnoten).
- Ktr. Zwolle-Lelystad 27 juni 2007, LJN: BA8355 (Verpleegkundige Flevoziekenhuis).

Ktr. Utrecht 26 juni 2007, LJN: BA9409 (Drie oorbellen).
Ktr. Den Bosch 6 juni 2007, JAR 2007/149 (Eindredacteur Katholiek Nieuwsblad).
Ktr. Enschede 3 mei 2007, JIN 2008/65 (Disciplinaire sanctie bank).
Ktr. Nijmegen 9 februari 2007 JIN 2007/103 (Besluitvorming over disciplinaire maatregel).
Ktr. Zaandam 16 november 2006, JAR 2006/296 (Werkrooster).
Ktr. Leeuwarden 19 oktober 2006, JAR 2006/274 (Bisschoppelijk Scheidsgerecht).
Ktr. Groningen 24 juli 2006, JAR 2007/186 (Alcoholbeleid).
Ktr. Utrecht 8 maart 2006, JAR 2006/79 (Nevenwerkzaamheden).
Ktr. Rotterdam 26 januari 2006, JIN 2006/143 (m.n. Zondag) (Zondagswerk De Bijenkorf).
Ktr. Amsterdam (voorzieningenrechter) 18 november 2005, JAR 2006/22 (Medezeggenschap islamitische basisscholen).
Ktr. Maastricht (voorzieningenrechter) 10 oktober 2005, JAR 2005/238 (Zeven maanden zwanger).
Ktr. Den Haag 18 augustus 2005, JAR 2005/212 (Bedrijfskleding Gall&Gall).
Ktr. Lelystad 24 mei 2005, JIN 2005/299 (Disciplinaire sanctie).
Ktr. Haarlem 4 augustus 2005, JIN 2005/333 (Consequent toepassen regels).
Ktr. Maastricht 6 juli 2005, AT 8795 (Kostwinnersfranchise 2).
Ktr. Maastricht 29 maart 2005, JAR 2005/105 (Hokatex).
Ktr. Zwolle-Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005/58 (Ds. De Boer/Zeevolde II).
Ktr. Maastricht 28 mei 2004, JAR 2004/155 (Geweigerde mediation).
Rb. Utrecht (voorzieningenrechter) 22 juli 2003, KG 2003/185 (Arbeidsovereenkomst STD).
Ktr. Tilburg 12 juni 2003, JAR 2003/176 (Verboden internetgebruik).
Ktr. Heerlen 14 maart 2003, JAR 2003/96 (Liefde in het kloosterbejaardenoord).
Ktr. Haarlem 4 maart 2003, JAR 2003/117 (Internetprotocol).
Ktr. Den Haag 22 februari 2000, JAR 2000/92 (Kledingvoorschriften postbodes I).
Ktr. Zwolle 30 december 1998, JAR 1999/25 (Buitenechtelijke relatie Drexhage).
Ktr. Amsterdam 3 juli 1998, JAR 1998/186 (Nederlands bij de PTT II).
Ktr. Hoorn 19 januari 1998, Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht, nr. 1372/97 (Christelijke geloofsovertuiging Westfries Gasthuis).
Ktr. Gouda 12 december 1996, Prg. 1997/4697 (Zondagsrooster sauna).
Ktr. Amsterdam 14 december 1994, JAR 1995/10 (Sjocheet).
Ktr. Rotterdam 3 augustus 1994, JAR 1994/206 (Oorbel supermarktedewerker).
Ktr. Roermond 8 maart 1994, JAR 1994/138 (Gewetensbezwaarde croupier).
Ktr. Hoorn 11 mei 1989, NJ 1990/71 (Van Keulen/Christelijke Stichting Hulp aan Gewetensvervolgden).
Ktr. Amersfoort 29 juli 1987, Prg. 2942 (Toom/Gereformeerd Centrum voor Maatschappelijke Dienstverlening).
Ktr. Amsterdam 24 januari 1986, Prg 1986/2462 (Oud-Hollands restaurant).
Ktr. Heerenveen 8 oktober 1985, NJ 1986/506 (Kledingvoorschriften Bank Oldeberkoop).
Ktr. Den Haag 22 oktober 1984, NJ 1985/286, Prg. 1984 (Sint Joannusstichting/Janmaat).

Ktr. Roermond 10 april 1984, *NJ* 1984/676 (Lijsttrekker Centruumpartij).
Ktr. Enschede 10 oktober 1983, *NJ* 1984/627 (Verstoring arbeidsklimaat door geslachtsverandering).

CRvB 24 december 2009, LJN: BK8782 (Agent met hanekam).
CRvB 7 mei 2009, LJN: BI2440 (Handenschudden docente economie III).
CRvB 12 juli 2006, *RSV* 2006/294 (Verkoper Schiphol).
CRvB 7 april 2005, *AW* 3269/03, *JIN* 2005/293 (Wenkbrauwpiercing politieagent).
CRvB 5 juni 2004, *AW* 02/6171 (Verbod op nevenactiviteiten).
CRvB 25 april 2002, LJN: AE2857 (Langharige sergeant).
CRvB 3 november 1994, *TAR* 1995/4 (Pallas College II).

ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008/35 (Subsidiëring SGP II).

Arbitragecommissie KNVB 2 januari 1996, nr. 546, *JAR* 1996/81 (Spelbos/Vitesse).

Bestuurskamer SER 6 mei 1998, *JAR* 1998/141 (Werknemerszelfbestuur).
Bestuurskamer SER 21 december 1990, *ROR* 1991/4.
Bestuurskamer SER 21 december 1990, *ROR* 1991/3.

CGB 2 februari 2012, 2012-24 (OAD Reizen).
CGB 22 september 2011, 2011-141 (Facilitair coördinator).
CGB 10 juni 2011, 2011-88 (Kledingvoorschriften ziekenhuis).
CGB 7 januari 2011, 2011-2 (Kledingregels Volendam I).
CGB 25 mei 2010, 2010-80 (Zomerse driekwartbroek).
CGB 21 januari 2010, 2010-10 (IND-medewerker met baard).
CGB 9 november 2009, 2009-105 (Mannelijke docent inburgering).
CGB 14 april 2009, 2009-29 (Kledingregels katholieke basisscholen).
CGB 18 december 2008, 2008-155 (Jongedame gevraagd).
CGB 15 oktober 2008, 2008-121 (Hoofddoekverbod katholieke school).
CGB 9 september 2008, 2008-112 (Niet-consequent toelatingsbeleid).
CGB 15 april 2008, 2008-40 (Trouwambtenaar Langedijk).
CGB 15 april 2008, 2008-39 (Opzij voor mannen).
CGB 20 februari 2008, 2008-20 (Functiewaardering 1).
CGB 16 augustus 2007, 2007-153 (Islamverkondigende stagiair).
CGB 15 juni 2007, 2007-100 (De Passie).
CGB 14 juni 2007, 2007-96 (Applicatiebeheerder).
CGB 16 april 2007, 2007-61 (Kledingregels Ede).
CGB 7 november 2006, 2006-220 en 2006-221 (Handenschudden docente economie I).
CGB 6 november 2006, 2006-218 (Christelijke vakbond).
CGB 31 oktober 2006, 2006-217 (Totaalverbod hoofdbedekking).
CGB 5 oktober 2006, 2006-202 (Moslim-klantmanager Rotterdam I).
CGB 31 juli 2006, 2006-165 (Mannelijke kandidaat).
CGB 26 juni 2006, 2006-128 (Afwijzing leerkracht).

CGB 15 mei 2006 2006-98 (Doorzichtig beloningsbeleid).
CGB 25 april 2006, 2006-78 (Kledingvoorschriften boekhandel).
CGB 27 maart 2006, 2006-51 (Handenschudden klassenassistent).
CGB 27 januari 2006, 2006-14 (Afzeggen sollicitatie).
CGB 15 november 2005, 2005-222 (Moslimdocente Arabisch).
CGB 30 augustus 2005, 2005-162 (Dreadlocks rastafari).
CGB 18 augustus 2005, 2005-156 (Hoofddoek kamermeisje).
CGB 15 juni 2005, 2005-102 (Islamitische roostermaker).
CGB 21 december 2004, 2004-168 (Nieuw-Vrijgemaakte leraar).
CGB 2 december 2004, 2004-154 (Kledingvoorschriften trambestuurders I).
CGB 30 november 2004, 2004-153 (Kleding moslimstagiaire).
CGB 21 september 2004, 2004-116 (Ongemengd danspaar I).
CGB 30 maart 2004, 2004-34 (Kostwinnersfranchise I).
CGB 1 december 2003, 2003-145 (Gereformeerd-vrijgemaakte fotograaf).
CGB 18 augustus 2003, 2003-114 (Christelijke opleiding).
CGB 16 januari 2003, 2003-10 (Hepatitis B-vaccinatie).
CGB 13 augustus 2002, 2002-113 (Pensioenfonds Nederlandse Bisdommen).
CGB 13 augustus 2002, 2002-112 (Interne rechtsverhouding Bisschoppenconferentie).
CGB 9 juli 2002, 2002-86 (Werkoverleg Jehova's getuige).
CGB 15 maart 2002, 2002-25 (Trouwambtenaar Leeuwarden I).
CGB 5 maart 2002, 2002-22 (Handenschudden VMBO).
CGB 10 januari 2002, 2002-1 (Islamitische klassenassistent).
CGB 21 december 2001, 2001-150 (Grabbijn-Van Putten/SGP).
CGB 4 december 2001, 2001-117 (Zwangere sollicitante).
CGB 4 december 2001, 2001-116 (Islamitische godsdienstleraar).
CGB 2 augustus 2001, 2001-71 (Vrij met kerst).
CGB 29 december 2000, 2000-99 JAR 2001/27 (Salaris docente).
CGB 19 september 2000, 2000-64 (Keukenmedewerker II).
CGB 28 maart 2000, 2000-15 (Nederlands in de kas).
CGB 23 december 1999, 1999-108 (Rooms-katholieke verzorgende).
CGB 17 juni 1999, 1999-56 (Kledingvoorschriften postbodes).
CGB 19 april 1999, 1999-31, AB 2000, 62 (Allochtone welzijnswerker Leiden).
CGB 8 februari 1999, 1999-16 (Christelijke timmerman).
CGB 9 juni 1998, 1998-65 (Oorknopje Marechaussee).
CGB 9 september 1997, 1997-96 (Nederlands bij de PTT I).
CGB 25 maart 1997, 1997-24 (Sikh II).
CGB 23 december 1996, 1996-118 (Keukenmedewerker I).
CGB 30 december 1994, 94-17 (Franssen/SGP).

BVerfG 28 oktober 2008, 1 BvR 426/06 (Afvallige theoloog).
BVerfG 14 januari 2008, 1 BvR 273/03 (Kündigung ohne Abmahnung III).
BVerfG 8 juli 2002, Az. 2 BvR 1160/00 (Schüth V).
BVerfG 31 januari 2001, NZA 2001, S. 717 (Sektarische kleuterleidster).
BVerfG 15 december 1999, 1 BvR 505/95, 694/90 en 729/92 (Vastleggen arbeidstijd).

BVerfG 4 juni 1985, BvR 70/138 (Kerkelijke werkgever).

BAG 19 augustus 2010, AZ:8, AZR 466/09 (Sociaal Werkster III).

BAG 12 oktober 2009, AZR 55/09 (Kopftuchverbod).

BAG 13 februari 2007, 1 ABR 14/06 (Chef kostuumafdeling).

BAG (besluit) 10 december 2002, 3 AZN 623/02 (Kündigung ohne Abmahnung II).

BAG 23 oktober 2002, 7 ABR 59/01 (Tendenzschutz wegen karitativer Eigenschaft einer kirchlichen Einrichtung).

BAG 16 september 1999, 2 ZAR 712/98 (Schüth III).

BAG 21 juli 1998, 1 ABR 2/98 (Feststellungsantrag).

BAG 24 april 1997, 2 AZR 268/96 (Obst III).

BAG 23 maart 1995, 5 AZB 21/94 (Scientology III).

BAG 23 juni 1994, 2 AZR 617/93, NZA 1994, S. 1080 (Ontslag homoseksuele werknemer).

BAG 7 oktober 1993, *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, S. 3032 (Homologe inseminatie).

BAG 24 juli 1991, 7 ABR 34/90 (Persdienst Evangelisch-Lutherse Kerk).

BAG NJW 1985, S. 1855 (Lerares Missionsgymnasium).

BAG 21 oktober 1982, *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, S. 826 (Lezersbrief Stern).

BAG 19 januari 1982, 1 AZR 279/81 (Vollmarstein).

LAG Hamburg 29 oktober 2008, 3 Sa 15/08 (Sociaal Werkster II).

LAG Hamburg 22 oktober 2008, 5 SaGa 5/08 (Ontslag eindredacteur).

LAG Sachsen-Anhalt 9 juli 2002, 8 Sa 40/02 (Kündigung ohne Abmahnung I).

LAG Düsseldorf 3 februari 2000, Az. 7 Sa 425/98 (Schüth IV).

LAG Düsseldorf 13 augustus 1998, 7 Sa 425/98 (Schüth II).

LAG Hessen 05 maart 1996 (7 Sa 719/95) (Obst II).

LAG Hamburg 31 mei 1994, 6 Ta 24/93 (Scientology II).

Arbeitsgericht Hamburg 4 december 2007, 20 Ca 105/07 ((Sociaal Werkster I).

Arbeitsgericht Essen 9 december 1997, 6 Ca 2708/97 (Schüth I).

Arbeitsgericht Frankfurt/Main 26 januari 1995 (2 Ca 402/94) (Obst I).

Arbeitsgericht Hamburg 12 augustus 1993, 8 Ca 556/92 (Scientology I).

Bundessozialgericht (BSG) 5 november 1997, *ArztR* 1998, S. 204, *SozR* 3-2500, § 311, nr. 5 (Fachambulanz).

Afkortingen

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Atw	Arbeidstijdenwet
ATV	Arbeidstijdverkorting
Awgb	Algemene wet gelijke behandeling
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBP	College bescherming persoonsgegevens
CDA	Christen Democratisch Appèl
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CGK	Christelijke Gereformeerde Kerken
CRvB	Centrale Raad van Beroep
D66	Democraten 66
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EKD	Evangelische Kirche in Deutschland
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GG	Grundgesetz
GW	Grondwet
Handvest EU	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IW Awgb	Integratiewet gelijke behandeling
Kaderrichtlijn	Richtlijn 2000/78/EG van de Europese Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MR	Medezeggenschapsraad
MVO	Maatschappelijk verantwoord ondernemen
OR	Ondernemingsraad
PKN	Protestantse Kerk in Nederland
PvdA	Partij van de Arbeid

Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SER	Sociaal-Economische Raad
SGP	Staatkundig Gereformeerde Partij
TVG	Tarifvertragesetz
tw-vergunning	Tewerkstellingsvergunning
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VGS-sollicitatiecode	Sollicitatiecode van de Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
VN	Verenigde Naties
VN-Vrouwenverdrag	Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen
Vw 2000	Vreemdelingenwet 2000
WAA	Wet aanpassing arbeidsduur
WAV	Wet arbeid vreemdelingen
WAVV	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
WBP	Wet bescherming Persoonsgegevens
WCAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WGB m/v	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen
WHW	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
WMCZ	Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen
WMO 1992	Wet medezeggenschap onderwijs 1992
WMS	Wet medezeggenschap op scholen
WMW	Wet medezeggenschap werknemers
WSr	Wetboek van Strafrecht
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPO	Wet op het primair onderwijs

Literatuur

Boeken, bundels en bijdragen

Akkermans, Bax & Verhey 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Asscher-Vonk 2007

I.P. Asscher-Vonk, 'De interactie tussen de commissie gelijke behandeling en de rechter, van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007, p. 225-230.

Asscher-Vonk & Burri 2003

I.P. Asscher-Vonk & S.D. Burri, 'Geslacht', *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002* (oordelenbundel 2002), Deventer: Kluwer 2003, p. 27-50.

Asscher-Vonk & Hendriks 2005

I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005.

Asscher-Vonk & Wentholt 1994

I.P. Asscher-Vonk & K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* (Praktijkserie sociaal recht, nr. 1), Deventer: Kluwer 1994.

Asser-Maeijer 1997

C. Asser & J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon* (Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 2-II), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser-Rensen 2012

C. Asser & C.J.G. Rensen, *Rechtspersonenrecht. Overige rechtspersonen* (Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, deel 2-III), Deventer: Kluwer 2012.

Bakels, Asscher-Vonk & Bouwens 2009

H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht* (Preadvises VAR 2004, VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Bergamin 1995

R.J.B. Bergamin, *Rechten jegens de overheid. Het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten* (diss. Amsterdam, UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

Bergsma 1965

S. Bergsma, *De vermaatschappelijking van de onderneming* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1965.

Besselink 2010

L.F.M. Besselink, 'Religieuze waarheid, rechten tolerantie', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 2010 (nr. 4, boekbespreking Oldenhuis 2006), p. 1-15.

Beurskens 1991

W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991.

Beurskens 1997

W.J.J. Beurskens, 'De Hoge Raad en de Commissies van Beroep voor het bijzonder onderwijs. Het doet valt sneller dan verwacht!', *NJB* 21 februari 1997 (afl. 8), p. 333-338.

Blanco Fernández 2005

J.M. Blanco Fernández, 'Het statuut van kerkgenootschappen', *RMThemis* 2005, 2, p. 63-71.

Boonstra 2003

K. Boonstra, 'Fundamenten voor een sociaal Europa' (oratie Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Boonstra 2011

K. Boonstra, 'Disproportionele beperking van het stakingsrecht: artikel G van het ESH in de Nederlandse jurisprudentie', in: *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Liber Amicorum prof. A.T.J.M. Jacobs), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 235-246.

Borgman 2009

E.P.N.M. Borgman, *Overlopen naar de barbaren. Het publieke belang van religie en christendom*, Zoetermeer: Boekencentrum Uitgevers 2009.
Bovens & Witteveen 1991

M.A.P. Bovens & W.J. Witteveen

'Rechtspluralisme en gepassioneerde minderheden', in: J.C.F. Bletz & A.Th. van Delden (red.), *Absolute overtuigingen in de rechtsstaat*, Amsterdam: Veen 1991, p. 39-53.

Brekelmans 2007

F.H.G.J. Brekelmans, 'De Wet medezeggenschap op scholen. Bevoegdheden, medezeggenschapsstatuut en bovenbestuurlijke medezeggenschap', *School en Wet* (jrg. 87, nr. 3), p. 11-19.

Brenninkmeijer e.a. 2005

A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Brenninkmeijer, Van Ewijk & Van der Werf 2002

A.F.M. Brenninkmeijer, M. van Ewijk & C. van der Werf, *De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland. Samenvatting* (Onderzoek in opdracht van Het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC), ministerie van Justitie, uitgevoerd door Research voor Beleid en het E.M. Meijers Instituut), Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002.

Brouwer 2005

A.E. Brouwer, *Old firms in the Netherlands: the long-term spatial impact of firms' identities and embeddedness* (diss. Groningen), Groningen: Department of Spatial Sciences University of Groningen 2005.

Brunner 1997

C.J.H. Brunner, 'De verhouding tussen kerk en staat als rechtsprobleem', in: *Kerk, recht en samenleving*, G.R. Rutgers (red.) (Oldenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 5-10.

Bunschoten 2009

D.E. Bunschoten, 'Hoofdstuk 1. Grondrechten (art. 1-23)', in: P.P.T. Bovend'eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten & J.W.A. Fleuren, *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-56.

Burri 2004

S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v* (reeks Europees Sociaal Recht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Burri 2007

S.D. Burri, 'Rechtspraakoverzicht gelijke behandeling. Selectie van rechterlijke uitspraken en oordelen van de Commissie gelijke behandeling, december 2005 tot en met november 2006', *SMA* 2007 (jrg. 62, nr. 1), p. 16-22.

Buruma 2007

Y. Buruma, 'Geloof en wetenschap: een reactie van een rationalist', *NJB* (jrg. 83, nr. 4, januari 2008), p. 222.

Castermans 2007

A.G. Castermans, 'Rol en betekenis van de Commissie Gelijke Behandeling', *SMA* 2007 (jrg. 62, nr. 10), p. 370-375.

Castermans & Terlouw 2005

A.G. Castermans & A.B. Terlouw, '2. Werving en selectie / gelijke behandeling', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 25-91.

Cliteur 2004

P.B. Cliteur, 'Hoofddoekjes, Rorty en verlichtingsfundamentalisten. Enkele polemische gedachten' in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2004, p. 31-54.

Cliteur 2009

P.B. Cliteur, 'De religieus neutrale staat: voor en tegen', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Een neutrale staat: kreet of credo?* (Serie Religie & Recht), Heerenveen: Protestantse Pers 2009, p. 27-77.

Cremers-Hartman 2004

E. Cremers-Hartman, *Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten. Een actueel overzicht van hoofdlijnen, overeenkomsten en verschillen* (PS-special), Deventer: Kluwer 2004.

Cuypers 2008

D. Cuypers, 'Discriminatierecht in non-profit ondernemingen: identiteitsgebonden ondernemingen en het arbeidsrecht', (lezing over de hervorming van het Belgische federaal anti-discriminatierecht, 14 mei 2008), Brussel: Facultés universitaires Saint-Louis 2008.

De Blois 2010

M. de Blois, 'Een mijlpaal op weg naar maatschappelijke uitsluiting', *Tijdschrift voor religie, recht en beleid* 2010, p. 62-99.

De Gaay Fortman 1936

W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht* (diss. Amsterdam, VU), Amsterdam, H.J. Paris 1936.

De Graaf & Zondag 2011

L.B. de Graaf & W.A. Zondag, 'De beëindigingsovereenkomst', in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar arbeidsrecht*, Den Haag 2011.

De Jong 2006

Tj. de Jong, 'Professionaliteit en identiteit', *Adullam 25 jaar 2006* (jubileum-uitgave Contactorgaan Stichting Adullam voor Gehandicaptenzorg), p. 10-15.

Den Boef 2004

A.H. den Boef, 'Men verlangt geen lamp meer in het volle zonlicht' in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2004, p. 55-71.

Den Boer 2004

R. den Boer, 'Hoe de AWGB er kwam', in: J. Goldschmidt e.a. *10 jaar CGB. De CGB is op de goede weg*, Utrecht: Commissie Gelijke Behandeling 2004, p. 6-9.

Den Uil 2008

P.C. den Uil, 'Medezeggenschap in zorg en onderwijs is discutabel', *DRS Magazine* 2008 (jrg. 36, nr. 2, februari 2008), p. 19-21.

Dercon 2009

P. Dercon, 'Bescherming van de democratische rechtsorde en vrijheid van godsdienst', in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethoudt (red.), *Rechtsstaat en religie* (Publikaties van de staatsrechtkring, staatsrechtconferentie 2008, nr. 13), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 201-211.

De Ronde 2002

M.de Ronde, 'Zin in postmoderne arbeid', *Wapenveld* 2002 (jrg. 52, nr. 3), p. 18-25.

De Savornin Lohman 2000

J. de Savornin Lohman e.a., *Evaluatie wet medezeggenschap cliënten zorgsector* (studie van het Verwey-Jonker Instituut in opdracht van ZorgOnderzoek Nederland), Den Haag: ZorgOnderzoek Nederland 2000.

De Vos 2010

B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* (Meijers-Reeks nr. 180, diss. Leiden), Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2010.

De Wolff 2000

D.J.B. De Wolff, *Wet aanpassing arbeidsduur* (reeks Actualiteiten Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 2000.

De Wolff 2008

D.J.B. De Wolff, 'Taxi Hofman in de revisie', *Arbeidsrecht* 2008 (jrg. 15, nr. 10), p. 9-13.

Dölle 2010

A.H.M Dölle, 'De SGP. Katalyse en controverse in Nederland', *Recht, religie en samenleving* 2010 (nr. 2), p. 7-28.

Dorssemont 2003

F. Dorssemont, 'De onderneming: arbeidsgemeenschap of rechtsorde?', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2003 (jrg. 40, nr. 4), p. 1313-1412.

Dorssemont 2005

F. Dorssemont, 'De disciplinaire macht van de werkgever. Op de grens van contract en instituut', in: M. Rigaux, P. Humblet & G. Van Limberghen (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 1-65.

Douma 1985

J. Douma, *Vrede in de maatschappij. Een handreiking voor maatschappelijke vraagstukken* (reeks Ethische bezinning, deel 12), Kampen: Van den Berg 1985.

Duk 2002

R.A.A. Duk, 'Arbeitsrecht en Europees recht', in: *Mok-aria* (opstellen aangeboden aan prof. mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70^e verjaardag), Deventer: Kluwer 2002, p. 37-41.

Duk 2011

R.A.A. Duk, 'Hoe dringend is dringend?', in: W.G.M. Plessen e.a. (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing, Liber amicorum voor prof.dr. Antoine Jacobs*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 317-323.

Dzida & Hohenstatt 2004

D. Dzida & K.-S. Hohenstatt, 'Tendenzschutz nur gegenüber Tendenzträgern?' (commentaar), *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2004, p. 1084-1086.

Enneking 2010

L.F.H. Enneking, 'Aansprakelijkheid via "foreign direct liability claims". Den Haag is weer even de "Legal Capital of the World"', *NJB* 2010 (19 februari 2010, jrg. 85, nr. 7), p. 400-406.

Geers & Heerma van Voss 1996

A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet* (reeks Actualiteiten Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 1996.

Gerards 2003

J.H. Gerards, 'EHRM 24 juli 2003', *EHRC* 2003 (2003/83).

Gerards & Koffeman 2010

J.H. Gerards & N.R. Koffeman, 'Kroniek van de grondrechten', *NJB* 2010 (nr. 34), p. 2214-2223.

Gerlach & Maks 2010

V. Gerlach & H.J. Maks, 'De werkgever en voorschriften over kleding en uiterlijk in de periode 2007-2010', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010 (Special 2), p. 20-27.

Graafland & Mazereeuw 2005

J. Graafland & C. Mazereeuw, 'De hemelse winstrekening en maatschappelijk verantwoord ondernemen', *Radix* 2005 (jrg. 31, p. 1), p. 8-18.

Graafland & Van der Duijn Schouten 2001

J. Graafland & C. van der Duijn Schouten, 'Winst of principes? Over (christelijke) motieven van maatschappelijk verantwoord ondernemen', *Wapenveld* 2001 (jrg. 52, nr. 6), p. 17-24.

Gundt 2009

N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?* (Monografieën sociaal recht, nr. 49, diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

Hak 2008

A.C.W. Hak, 'Medezeggenschap, een uiting van goed burgerschap?', *DRS Magazine* 2008 (jrg. 36, nr. 2, februari 2008), p. 28, 29.

Halsema 2010

F. Halsema, 'Over Gewetensvrijheid' (lezing op conferentie 'Godsdienstvrijheid of vrij van godsdienst', Wetenschappelijk Bureau GroenLinks, platform De Linker Wang, Eerste Kamerfractie GroenLinks en de Amsterdamse studentenwerkgroep 'Religie en politiek', Jacobikerk, Utrecht, 9 oktober 2010).

Härle 1972

K. Härle, *Die Einschränkung von Arbeitnehmerrechten in Tendenzunternehmen* (diss. Frankfurt am Main), Frankfurt am Main: s.n. 1972.

Hayen 2002

R-P Hayen, 'Analyse zu den Auswirkungen der Verabschiedung der Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 (...) 'Einblick 2002, Berlin: Graewis Verlag 2002.

Heemskerk 2009

W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009.

Heerma van Voss 1998

G.J.J. Heerma van Voss, 'Werknemerszelfbestuur zonder ondernemingsraad', *OR* 1998 (rubriek Jurisprudentie, 26 augustus 1998), p. 49.

Heerma van Voss 2005

G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Heida & Buijs 2008

R.A. Heida & D.J. Buijs, 'Disfunctioneren en wangedrag als gevolg van verslaving', in: E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers* (Monografieën sociaal recht, nr. 32), Deventer: Kluwer 2008, p. 193-217.

Heijman 2004

F.W. Heijman, *Ora et Labora. Over arbeid in de geest van de kerk* (afstudeerscriptie), Amsterdam: Hogeschool van Amsterdam 2004.

Hendrickx 1999

F. Hendrickx, 'Privacy en arbeidsrecht', *Jura Falconis. Juridisch wetenschappelijk studententijdschrift* 1999 (Instituut voor Arbeidsrecht, Katholieke Universiteit Leuven).

Hendrickx & De Lange 2004

I. Hendrickx & T. de Lange, *Toelating van vreemdelingen voor verblijf bij religieuze organisaties. Beleid en praktijk in Nederland voor en na de Vreemdelingenwet 2000* (rapport in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatie Centrum (WODC) van het ministerie van Justitie), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Hendriks 2008

A.C. Hendriks, 'Democratie, vrouwen en (on)recht', *NJB* 2008 (jrg. 83, nr. 13), p. 763-765.

Hendriks & Terlouw 2009

A.C. Hendriks & A.B. Terlouw, 'Raad van State helpt Regering Europese anti-discriminatie-richtlijn te ontduiken', *NJB* 2009 (nr. 26, 17 juli 2009) p. 1636, 1637.

Heringa 1994

A.W. Heringa, *Algemene wet gelijke behandeling* (reeks Actualiteiten sociaal recht, nr. 1), Deventer: Kluwer 1994.

Heringa e.a. 2011

A.W. Heringa, J. van der Velde, L.F.M. Verhey & W. van der Woude, *Staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

Hertogh & Zoontjes 2006

M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjes (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Hes e.a. 1996

J.C. Hes e.a., 'De betekenis van het Vrouwenverdrag', in: J.C. Hes & C.E. van Vleuten (red.), *Het Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde*, Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid/VUGA Uitgeverij 1996, p. 199-235.

Hippe & Voerman 2004

J. Hippe, P. Lucardie en G. Voerman, 'Kroniek 2003. Overzicht van de partijpolitieke gebeurtenissen van het jaar 2003', in: *Jaarboek 2003 Documentatiecentrum Nederlandse Politieke Partijen*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2004, p. 112-123.

Hirsch Ballin 1987

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Subsidiering van het identiteitsgebonden particulier initiatief in een pluriforme samenleving. Confrontatie met de eisen van een democratische rechtsstaat', *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur* 1987, p. 351-355.

Hirsch Ballin 2010

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Eerste Gelijkebehandelingslezing' (CGB Jaarverslag 2009), Utrecht: CGB 2010, p. 45-50.

Hoevels 2003

N. Hoevels, *Islam und Arbeitsrecht* (Erlanger Juristische Abhandlungen, Band 53), Köln: Carl Heymanns Verlag 2003.

Hofman, Sap & Sewandono 1995

J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995.

Hofstede 1998

G. Hofstede, *Allemaal andersdenkenden*, Amsterdam: Contact 1998.

Hoogerwerf, Nievers & Scholten 2004

R. Hoogerwerf, E. Nievers & C. Scholten, *De invloed van cliëntenraden. Het verzwaard adviesrecht in de dagelijkse praktijk vanuit cliëntenraadperspectief* (onderzoek in opdracht van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Leiden: Research voor Beleid 2004.

Hoogland 2003

J. Hoogland, 'Grondslag en missie', in: G.J. Buijs e.a. *Wat je zegt, ben je zelf*, Zoetermeer: Boekencentrum 2003, p. 57-68.

Jacobs 1991

A.T.J.M. Jacobs, 'De rechtspositie van geestelijken in het Nederlands sociaal recht', in: H. Warnink (red.), *Rechtsbescherming in de kerk*, Leuven (B): Peeters 1991, p. 87-97.

Jacobs 1993

A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Jacobs 1994

A.T.J.M. Jacobs, 'De autonomie van het kerkelijk sociaal recht', in: W.H.A.C.M. Bouwens, E.W. de Groot, C.C.A.M. Jacobs-de Klerk (e.a.) (red.), *Sociaal Recht: de grenzen verkend*, Zwolle (De Leede-bundel): Tjeenk Willink 1994, p. 163-177.

Jacobs 2000

A.T.J.M. Jacobs, *Elementair sociaal recht*, Groningen: Martinus Nijhoff 2000.

Jacobs 2005

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht* (Monografieën sociaal recht 28), Deventer: Kluwer 2005.

Jacobs 2005a

A.T.J.M. Jacobs, 'Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 21-58.

Jacobs 2007

A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.

Jacobs 2009

A.T.J.M. Jacobs, 'Rug recht en hoofd koel met de enkelefeitconstructie!', *NJB* 2009 (jrg. 84, nr. 29, 4 september 2009), p. 1904, 1905.

Jacobs 2010

A.T.J.M. Jacobs in F. Jensma, 'Mag de KLM een vrijwel kale stewardess met tatoeage ontslaan?', *NJBlog.nl* 2010 (commentaar Jacobs). <<http://njblog.nl/2010/11/30/mag-de-klm-een-vrijwel-kale-stewardess-met-tatoeage-ontslaan/>>.

Janse 2006

C.S.L. Janse, 'Schraag op dat spoor...', *Adullam 25 jaar 2006* (jubileumuitgave Contactorgaan Stichting Adullam voor Gehandicaptenzorg), p. 16-21.

Jansen & Loonstra 2005

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'De acquisitrice en de predikant'; de gezagsverhouding revisited, *AA* 2005 (nr. 3), p. 1-11.

Jansen & Van de Laar 2010

H.J.A. Jansen & M.L.M. van de Laar, 'Ontslagprocedures in het bijzonder onderwijs: De kantonrechter en de Commissie van Beroep', *School en Wet* 2010 (jrg. 90, nr. 3), p. 8-13.

Jaspers 1996

A.Ph.C.M. Jaspers, 'Sociaal recht met een Europese opmaat?', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal & W. Zeijlstra (red.) *Arbeidsrecht en mensbeeld* (1946-1996 Vereniging voor arbeidsrecht), Deventer, Kluwer 1996, p. 279-291.

Jaspers 2004

A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?* (Vereniging voor arbeidsrecht, nr. 33), Deventer: Kluwer 2004.

Jaspers 2008

A.Ph.C.M. Jaspers, 'Het Hof van Justitie EG en het arbeidsrecht: Europeanisering van het nationale arbeidsrecht?', *SMA* 2008 (jrg. 63, nr. 1, januari 2008), p. 7-18.

Kaastra 1990

R.C. Kaastra, 'Uitbreiding bevoegdheid commissies van beroep', *NTOR* 1990, p. 62.

Kalkman, Veldhoen & Bouwman 1989

M. Kalkman, A.-P. Veldhoen & H. Bouwman, 'Ons kent ons: een poging om de identiteit van een omroep te meten', *Massacommunicatie* 1989, p. 238-246.

Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003

P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003

Keltjens & Kusiak 2008

Th. Keltjens & L. Kusiak, 'Tanden voor de Europese ondernemingsraad. Voorstellen voor aanpassing van de Eor-richtlijn', *OR-informatie* 2008 (mei 2008, jrg. 34, nr. 5), p. 25, 25.

Kennedy 2010

J. Kennedy, *Stad op een berg. De publieke rol van protestantse kerken*, Zoetermeer: Boekencentrum Uitgevers 2010.

Kleiboer & Huls 2001

M.A. Kleiboer & N.J.H. Huls, *Tuchtrecht op de terugtocht? Wettelijk niet-hiërarchisch tuchtrecht: een vergelijkende analyse*, Utrecht: Lemma 2001.

Klijn 2005

L.P.M. Klijn, *Mediation in arbeidsrelaties. Een (nieuwe) rol weggelegd voor de advocatuur?*, Deventer: Kluwer 2005.

Klosse 2003

S. Klosse, 'Moderne sociale zekerheid: efficiency met behoud van fundamentele waarden (oratie Maastricht)', Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

Ko 2007

H.L.A. Ko, 'De arbeidsongeschikte werknemer in het onderwijs', *School en Wet* 2007 (jrg. 87, nr. 2), p. 5-11.

Koevoets 2006

M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers. De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering* (Bakelsreeks; diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Koffeman 2004

L.J. Koffeman, 'De kerkelijke rechtspraak', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 315-333.

Kollen 2007

F.C. Kollen, *De vereniging in de praktijk* (Recht en praktijk, nr. 89), Deventer: Kluwer 2007.

Kooijman 2010

R.J. Kooijman, 'Vrouwen hebben geen vrije keuze bij politieke partijen. Mannen ook niet', *NJB* 2010 (jrg. 83, nr. 25), p. 1599.

Kooijman 2010a

R.J. Kooijman, 'Artikel 94 van de Grondwet is effectief in SGP-zaak', *NJB* 2010 (jrg. 83, nr. 25), p. 1537, 1538.

Kooijman 2010b

R.J. Kooijman, 'SGP-zaak is moeilijk voor juristen', *NJB* 2010 (jrg. 86, nr. 5), p. 302.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, 'De SGP, subsidie en vrouwen', *AA* 2008 (nr. 57), p. 291-297.

Kötter 2010

R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd* (diss. Leiden, Monografieën sociaal recht 53), Deventer: Kluwer 2010.

Kroeze 2010

M.J. Kroeze, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', *NJ* 2010 (nr. 22), p. 1405-1409.

Labuschagne 1994

B.C. Labuschagne, *Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies. Een grondrechtelijk-rechtsfilosofische studie naar de betekenis en grenzen van religieuze tolerantie* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff, 1994.

Loenen 2009

M.L.P. Loenen, 'Botsing tussen de vrijheid van godsdienst en gelijke behandeling', in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout (red.) *Rechtstaat en religie. Staatrechtconferentie 2008* (Publikaties van de Staatsrechtkring nr. 13), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 189-201.

Loenen 2010

T. Loenen, 'De SGP-discussie revisited', *NJB* 2010 (jrg. 83, nr. 35), p. 2269-2274.

Loonstra 2003

C.J. Loonstra in: P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht. Specieszaak, status aparte of synergie?*, Rotterdam: SI-EUR 2003, p. 37-55.

Loonstra 2004

C.J. Loonstra, 'Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan', in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Scholtens (red.), *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht* (Monografieën sociaal recht, nr. 8), Deventer: Kluwer 2004, p. 219-294.

Loonstra 2006

C.J. Loonstra, *Hoofdstukken sociaal recht*, Groningen/Houten: Wolters Noordhoff 2006.

Loonstra & Quist 2011

C.J. Loonstra en J.P. Quist, 'Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd', *ArA* 2008 (nr. 3), p. 4-30.

Loonstra & Van der Voet 2007

C.J. Loonstra & G.W. van der Voet, 'De kwaliteit en wenselijkheid van alternatieve geschillenprocedures in cao's', *Arbeid Integraal* 2007 (nr. 2), p. 65-79.

Loonstra & Zondag 2009

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Commentaar op Burgerlijk Wetboek 7 art. 660', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009. <<http://www.sducommentaararbeidsrecht.nl>>.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Löwensteyn 1986

F.J.W. Löwensteyn, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 1A. Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986.

Luttmer-Kat 1994

A.M. Luttmer-Kat, 'De goede werknemer. Een achterhaald begrip of een dynamisch concept?', in: W.H.A.C.M. Bouwens, E.W. de Groot, C.C.A.M. Jacobs-de Klerk (e.a.) (red.), *Sociaal Recht: de grenzen verkend*, Zwolle (De Leede-bundel): Tjeenk Willink 1994, p. 317-330.

Manenschijn 2004

G. Manenschijn, 'Scheiding van kerk en staat impliceert geen scheiding van religie en politiek' in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2004, p. 73-86.

Massuger 1994

P.M.M. Massuger, *Een andere kijk op het ontslagrecht* (doctoraalscriptie Tilburg), Tilburg: Tilburg University Press 1994, p. 32-39.

Maussen 2009

M.J.M. Maussen, 'Verhoudingen van kerk en staat, integratiebeleid en islam in Nederland', in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethoudt (red.), *Rechtsstaat en religie* (Publikaties van de staatsrechtkring, staatsrechtconferentie 2008, nr. 13), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 117-139.

Mazereeuw 2010

C. Mazereeuw-Van der Duijn Schouten, 'Wie is mijn naaste?', *Daadkracht* 2010 (nr. 19), p. 9.

McEwan 2001

T. McEwan, *Managing Values and Beliefs in Organizations*, Edinburgh (VK): Pearson Education Limited 2001.

Meijer & Kouwenhoven 2008

J. Meijer & A.A.J. Kouwenhoven, 'BBA-procedure', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht II 2009*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 41-84.

Meijers 2010

A.P.H. Meijers, 'Zelfstandige onderdelen van kerkgenootschappen mede vanuit canonicrechtelijk perspectief', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 2010 (nr. 4), p. 51-69.

Mentink 1989

D. Mentink, *Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1989.

Mentink 2008

D. Mentink, 23 mei 2008, 'Tien jaar later. Over pluriformiteit en identiteit, over grondwetgever en wetgever' (afscheidsrede Rotterdam).

Moll & Henke 2004

W. Moll & S. Henke, 'Keine Zustimmung des Betriebsrats bei Kündigung eines Tendenzmitglieds als Tendenzträger mit Tendenzbezug' (BAG 28 augustus 2003, 2 ABR 48/02), *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2004 (jrg. 20, nr. 11), p. 531-532.

Mulder 1993

L. Mulder, *Minderheden als nieuwe bevolkingsgroepen. De verwezenlijking van gelijkheid en verscheidenheid* (diss. Amsterdam, UvA), Nijmegen: Ars Quae Libri 1993.

Mulder 2007

T. Mulder, *Medezeggenschap en identiteit. Onderzoek naar de ruimte in medezeggenschapswetgeving voor levensbeschouwelijke of godsdienstige instellingen ter bescherming van hun identiteit* (masterscriptie Rotterdam), Capelle aan den IJssel 2007.

Mulder 2008

P. Mulder in D.D. Both & H. Vermeulen, 'De gezamenlijke opdracht centraal stellen! In gesprek over medezeggenschap in het onderwijs', *DRS Magazine* 2008 (februari 2008, jrg. 36, nr. 2) p. 5-7.

Musschenga 1995

A.W. Musschenga, 'De mens die je bent', in: P.J.M. Brasik (red.), *Identiteit, wat is dat?* (bundel themadag 114^e verjaardag stichting Vrije Universiteit), Kampen: Kok Agora 1995.

Nagelkerke 2008

A.G. Nagelkerke, 'Aanpassing en behoud van het CAO-stelsel', *SMA* 2008 (mei 2008, jrg. 63, nr. 5), p. 222-232.

Nederbragt 1921

J. A. Nederbragt, *Proeve eener Theorie der Economie naar Christelijke belijdenis. Als voorwoord een open brief aan de Heeren H. Colijn en A.W.F. Idenburg*, Den Haag: Voortvaren 1921.

Noorlander 2002

C.W. Noorlander, 'Status en toekomst van de kringenrechtspraak', *ArA* 2002 (nr. 2), p. 68-87.

Noorlander 2005

C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en het voortgezet onderwijs*, (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Oldenhuis 1994

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgenootschappen en privaatrecht; kanttekeningen bij "de zaak Kruis"', in: T. Hartlief (red.), *CJHB Brunner-Bundel* (Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag), Deventer: Kluwer 1994, p. 303-313.

Oldenhuis 2004

F.T. Oldenhuis, 'Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 175-187.

Oldenhuis 2008

F.T. Oldenhuis, *Exclusiviteit en (in)tolerantie; schurende relaties tussen recht en religie* (oratie, Groningen), Deventer: Kluwer 2008.

Oldenhuis & Santing-Wubs 2010

F.T. Oldenhuis & A.H. Santing-Wubs, 'De rechtspositie van de predikant; kanttekeningen bij Hof Arnhem 19 januari 2010 (Ds. De Boer-Chr. Geref. Kerk Zeewolde)', *WPNR* 2010 (jrg. 141, nr. 6849, 26 juni 2010), p. 545-548.

Olsthoorn 1997

A.C.J.M. Olsthoorn, *Cultuur en communicatie. Een verkenning naar de samenhang tussen bedrijfscultuur en communicatiebeleid* (diss. Utrecht), Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1997.

Oomen (e.a.) 2010

B.M. Oomen (e.a.), 'Van Walswetten en de Wil van God. Orthodox-protestantse perspectieven op de gelijkebehandelingszaken', *Nederlands Juristenblad* 2010 (januari 2010, jrg. 85, nr. 4), p. 216-222.

Overbeeke & Geudens 2003

A.J. Overbeeke & G. Geudens, 'Wij zijn zo vrij u af te wijzen... Onderscheid in personeelsbeleid bij identiteitsgebonden onderwijsinstellingen', in: M. Adams (e.a.) *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet* (reeks: Het recht in de samenleving), Antwerpen: Maklu 2003, p. 648-706.

Pahlke 1983

A. Pahlke, *Kirche und Koalitionsrecht: Zur Problematik des kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahrens, insbesondere des Sog. Dritten Weges der Kirchen* (diss. Göttingen), Tübingen: J.C.B. Mohr Siebeck 1983.

Pel (J.) 2007

J. Pel, *Arbeidsrecht en mediation: de rol van mediation in de arbeidsrechtpraktijk* (Mediationreeks), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Pel 2007

P.T. Pel, 'De rechtspositie van de predikant: een pleidooi voor het primaat van het eigen statuut', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Predikant tussen baan en ambt*, Heerenveen: Uitgeverij Protestantse Pers 2007, p. 59-93.

Pennings 2007

F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context* (Monografieën sociaal recht, nr. 43), Deventer: Kluwer 2007.

Peters & Bleeker 2008

J. Peters & K. Bleeker, 'Staat moet SGP aanpakken maar ook subsidiëren. Over botsende competenties en grondrechten', *NJB* 2008 (494, nr. 10), p. 556-563.

Praamsma 2000

J.M. Praamsma, *Beweging. Periodiek orgaan van de Stichting voor Reformatorische Wijsbegeerte* 2000 (jrg. 64, nr. 3), p. 4-7.

Quist 2006

J.P. Quist, 'De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?', *ArA* 2006 (nr. 1), p. 4-46.

Rehbock & Van Dijk 2005

A.E.L. Rehbock & A.J. van Dijk, 'Overzicht gelijkebehandelingswetgeving' in *ArbeidsRecht* 2005, 29, p. 12-19.

Rehman 2003

J. Rehman, *International Human Rights Law*, Essex (UK): Longman (Pearson Education), 2003.

Robbers 2008

G. Robbers, 'Een gestructureerd overleg tussen overheid en levensbeschouwing: mission impossible of verrijkende uitdaging', *Academische opening van de Opleiding Levensbeschouwing, Overheid en Samenleving*, Antwerpen, 9 oktober 2008, Antwerpen: Universiteit van Antwerpen 2008.

Rood 1979

M.G. Rood, *Bedrijfsdemocratie: vlag of lading?*, Deventer: Kluwer 1979.

Rood 2000

M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Roozendaal 2011

W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (Monografieën sociaal recht, nr. 54, diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Rosier 2000

T.E. Rosier, 'Tolerantie en religie. Over de zaak Van Dijke en de visie van het EHRM inzake godslastering', *RM Themis* 2000 (nr. 1), p. 3-14.

Sagel & Verhulp 2006

S.F. Sagel & E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?', in: S.F. Sagel en E. Verhulp (red), *Voor de Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk 6.

Sagel-Grande 2004

I. Sagel-Grande, *Duits privaatrecht. Een inleiding tot het hedendaagse recht tegen de achtergrond van rechtshistorische en rechtsculturele ontwikkelingen*, Antwerpen: Maklu 2004.

Santing-Wubs 2002

A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen* (diss. Groningen), Meppel: Boom 2002.

Santing-Wubs 2005

A.H. Santing-Wubs, 'Alternatieve geschilbeslechting en de toegang tot de rechter', in: R.J.C. Flach, L.M. Klap-de Nooijer, J.W. Rutgers & E.M. Wesseling-van Gent (red.), *Amice. Rutgers-bundel*, Deventer: Kluwer 2005, p. 305-315.

Santing-Wubs 2007

A.H. Santing-Wubs, 'Mediation in juridisch perspectief' (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 7), Deventer: Kluwer 2007.

Santing-Wubs 2009

A.H. Santing-Wubs, 'Alternatieve geschilbeslechting binnen kerkgenootschappen', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 2009 (nr. 3), p. 1-12.

Sasse van Ysselt 2004

P.B.C.D.F. Sasse van Ysselt, 'Grondrechten', in: C.C. de Fey, A. Kellerman & J.W. Nieuwboer (red.), *Met recht discriminatie bestrijden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 49-63.

Schalk 2010

P. Schalk (red.), *Zondagsarbeid; Geen rust meer? Christen zijn op de werkvloer* (serie Christen zijn op de werkvloer, deel 5.), Heerenveen, Groen 2010.

Schaub, Koch & Linck 2002

G. Schaub, U. Koch & R. Linck, *Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, München: C.H. Beck Verlag 2002.

Schepper 1948

J.M.J. Schepper, *Vrijheid van godsdienst en de verhouding kerk en staat*, Den Haag: Boekencentrum 1948.

Schermer & Quint 2008

K. Schermer & P. Quint, *De organisatie als hulpmiddel*, Bohn Stafleu van Loghum, 2008.

Schmidt & Brüggemeier 1998

E. Schmidt & G. Brüggemeier, *Zivilrechtlicher Grundkurs* (Alfred Metzner Studienliteratur, Juristisch Lernbücher 32), Neuwied und Kriftel: Hermann Luchterhand Verlag 1998.

Schnabel 2008

P.R. Schnabel, 'Die Richtlinie 200/78/EG und das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland', *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2008 (jrg. 37, nr. 3), p. 413-443.

Schreurs & Van der Kind 2006

K.S. Schreurs & O. van der Kind, 'Werk naast werk: baas boven (eigen) baas?', *ArbeidsRecht* 2006 (nr. 39), p. 30-33.

Schutgens & Sillen 2010

R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'De SGP, het rechterlijk bevel en het kiesrecht', *NJB* 2010 (jrg. 85, nr. 17, 30 april 2010), p. 1114-1116.

Seifert 2005

A. Seifert, 'Europäische Arbeitnehmermitwirkung und Kirchen in Deutschland. Zum Tendenzschutz in der Informations- und Konsultationsrichtlinie', in: A. Höland (e.a.), *Arbeitnehmer Mitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt* (Liber Amicorum Manfred Weiss), Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag 2005, p. 177-191.

Shadid 2003

W.A. Shadid, 'Controle op godsdienstlessen van islamitische scholen: de moraalcrisis van de Nederlandse politiek', *Tijdschrift voor Onderwijs en Opvoeding* 2003 (jrg. 62, nr. 5), p. 22-24.

Shadid & Van Koningsveld 1999

W.A. Shadid & P.S. van Koningsveld, 'Beeldvorming over de imam in Nederland' in: W.A. Shadid & P.S. van Koningsveld (red.), *Religie cultuur en minderheden*, Tilburg: TUP 1999, p. 55-77.

Silvius 2003

E.H.E.E. Silvius, 'De coöperatie als samenwerkingsvorm in het onderwijs. Georganiseerd vertrouwen en ruimte voor ondernemerschap', *basisschoolmanagement* 2003 (jrg. 17, nr. 3), p. 1-9.

Sluijters 2004

B. Sluijters, 'T&C Gezondheidsrecht', in: B. Sluijters e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 736.

Slump 1997

D.A.C. Slump, 'De geldigheid van besluiten genomen door kerkelijke organen', in: *Kerk, recht en samenleving*, G.R. Rutgers (red.) (Oldenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 67-86.

Smeenk 1936

C.S. Smeenk, *Christelijke sociale beginselen*, Kampen: Kok 1936.

Smits 1996

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

Snijders 2007

H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Een artikelsgewijze commentaar op de art. 1020-1076 Rv.*, Deventer: Kluwer 2007.

Snijders & Meijer 2002

H.J. Snijders & G.J. Meijer (red.), *Arbitrage* (Vademecum Burgerlijk Procesrecht), Deventer: Gouda Quint 2002.

Sponselee 2007

A.J.M. Sponselee, 'Mediation: een strategisch verplichte omweg?', *Arbeidsrecht* 2007 (jrg. 14, nr. 10), p. 26-30.

Steinhauser 2003

J. Steinhauser, 'Identiteit en reputatie' in: H.P. Brandt e.a., *Total Identity*, Amsterdam: BIS Publishers 2003, p. 12-15.

Strijkers 2010

M.J. Strijkers, 'Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in C.J. Forder (hoofd-redactie), *Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar 2009*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 133-150.

Ten Voorde 2007

J.M. ten Voorde, *Cultuur als verweer* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Teunissen 2008

J.M.H.F. Teunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak', *NJB* 2008 (jrg. 83, nr. 25), p. 1524-1530.

Thüsing 2006

G. Thüsing, *Kirchliches Arbeitsrecht: Rechtsprechung und Diskussionsstand im Schnittpunkt von staatlichem Arbeitsrecht und kirchlichem Dienstrecht*, Tübingen (D): Mohr Siebeck 2006.

Thyssen 2009

O. Thyssen, *Business ethics and organizational values. A systems-theoretical analysis*, New York (VS) Pallgrave Macmillan 2009.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Tromp 2003

T. Tromp, 'Narratieve identiteit in christelijke organisaties', in: G.J. Buijs e.a. *Wat je zegt, ben je zelf*, Zoetermeer: Boekencentrum 2003, p. 71-81.

Van Apeldoorn 2009

J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten* (diss. Tilburg), Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2009.

Van Bijsterveld 1998

S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van Bijsterveld 2004

S.C. van Bijsterveld, 'Overheid en godsdienst in een post-geseculariseerde samenleving', in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2004, p. 7-16.

Van Bijsterveld 2009

S.C. van Bijsterveld, 'Scheiding van kerk en staat: terug naar de bron voor een visie op de toekomst', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Een neutrale staat: kreet of credo?* (Serie Religie & Recht), Heerenveen: Protestantse Pers 2009, p. 13-26.

Van Bijsterveld 2010

S.C. van Bijsterveld, 'Het passief kiesrecht, de staat en de SGP', *Tijdschrift voor religie, recht en beleid* 2010, p. 81-85.

Van de Donk & Plum 2006

W.B.H.J. van de Donk & R.J.J.M. Plum, 'Begripsverkenning', in: W.B.H.J. van de Donk e.a., 'Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie', Amsterdam: WRR 2006, p. 27-55.

Van den Berg & Zondag 2003

P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag, 'Fundamentele belangen bij bijzondere overeenkomsten: over de spanning tussen contractsvrijheid en dwingend recht', in: P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht. Specieszaak, status aparte of synergie?*, Rotterdam: SI-EUR 2003, p. 378-407.

Van den Burg & Klink 2003

P. van den Burg & A. Klink, *Investeren in integratie. Reflecties rondom diversiteit en gemeenschappelijkheid* (rapport in reeks: De andere aanpak), Den Haag: Wetenschappelijk Instituut voor het CDA 2003.

Van den Heuvel 2002

L.H. van den Heuvel, 'Kringenrechtspraak in het onderwijs', *School en Wet* (jrg. 87, nr. 3), p. 82-86.

Van der Grinten 2008

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk), Deventer: Kluwer 2008.

Van der Heijden 2002

P.F. van der Heijden, 'Een geprivétiseerd arbeidsbestel', *NJB* 2002 (afl. 45, 46), p. 2229.

Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2010

P.F. Van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp (red.), *Arbeidsrecht. Tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

Van der Hoeven 1983

J. van der Hoeven, *Botsing van grondrechten* (Nieuwe Reeks, deel 46, nr. 7), Amsterdam: Noord-Hollandische Uitgevers Maatschappij 1983.

Van der Net 1976

B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

Van der Ploeg (A.) 2007

A. Van der Ploeg, 'De verslaafde werknemer. Medische en juridische aspecten van alcohol- en internetgebruik op het werk', *Arbeid Integraal* 2007 (nr. 4), p. 5-25.

Van der Ploeg 2004

T.J. van der Ploeg, 'De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 159-174.

Van der Ploeg 2010

T.J. van der Ploeg, 'Past een heilig lichaam wel in een gewoon bed? De vereniging en stichting als rechtsvorm voor geloofsgemeenschappen', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 2010 (nr. 4), p. 114-130.

Van der Pot 2006

C.W. van der Pot (bew. R. de Lange & D.J. Elzinga), *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Van der Sangen 1999

G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie* (diss. UvA), Deventer: Tjeenk Willink 1999.

Van der Voet 2005

G.W. van der Voet, *De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet* (diss. Rotterdam, Bakelsreeks), Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2005.

Van der Voet 2009

G.W. van der Voet, 'Commentaar op Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen art. 2', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009. <<http://www.sducommentaararbeidsrecht.nl>>.

Van der Voet 2009a

G.W. van der Voet, 'Alternatieve geschillenprocedures in cao's', *Tijdschrift Conflicthantering* 2009 (Nr. 4, 4 juni 2009), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Van der Voet, Jellinghaus & Peters 2009

G.W. van der Voet, S.F.H. Jellinghaus & S.S.M. Peters, 'Het waarom van medezeggenschap in relatie tot vormen van medezeggenschap', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de wetgever* (reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 37), Deventer: Kluwer 2009, p. 5-21.

Van der Werf & Venhuizen 2002

H.G. van der Werf & S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002

Van der Woude 2009

W. van der Woude, *Democratische waarborgen*, Deventer: Kluwer 2009.

Van der Zwaag 1999

K. van der Zwaag, Onverkort of gekortwiekt? *Artikel 36 van de Nederlandse Geloofsbelijdenis en de spanning tussen overheid en religie. Een systematisch-historische interpretatie van een 'omstreden' geloofsartikel* (diss. Amsterdam, VU), Heerenveen: Uitgeverij Groen 1999.

Van Dijk 2006

J.J. van Dijk, 'Is er toekomst voor christelijke organisaties? Over de betekenis van christelijke identiteit voor maatschappelijke organisaties', *Wapenveld* 2006 (nr. 4). <<http://www.wapenveldonline.nl/viewArt.php?art=678>>.

Van Dijk & Van der Ploeg 2007

P.L. van Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Drimmelen 2004

L.C. van Drimmelen, 'Kerkrecht; een theologische benadering', *Kerk en Recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 21.

Van Drongelen e.a. 2006

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, P.J.S. van den Bogaard, S.F.H. Jellinghaus, *Individueel Arbeidsrecht. Deel 2*. Zutphen: Uitgeverij Paris 2006.

Van Drongelen & Korver 2007

J. van Drongelen & D.J.J. Korver, *De vernieuwde arbeidstijdenwet* (reeks Actualiteiten sociaal recht), Deventer: Kluwer 2007.

Van Ee 1996

J.W. van Ee, 'In strijd met de wet', *RM Themis* 1996 (nr. 5), p. 163-179.

Van Gijzen 2005

T. van Gijzen, 'Verwarring rondom identiteit', *Zin in zorg* 205 (nr. 7), p. 10, 11.

Van Grinsven & Geugjes 2006

P.M.H.J. van Grinsven & H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht begrepen* (HBO-reeks), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Van Gunsteren 2009

H. Van Gunsteren, 'Burgerschap in Nederland 1992-2008: voortschrijdend inzicht?', *b en m tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij* 2009 (jrg. 36, nr. 1, themanummer Migranten en burgerschap), p. 41-49.

Van Manen 2002

N.F. van Manen, 'Het recht en de multiculturele samenleving', *Njb* 2002 (vol. 77, nr. 25), p. 1186-1195.

Van Nijen 2003

A.J. van Nijen, *In het bijzondere ligt onze kracht*, Kampen: Kok 2003.

Van Nijen 2005

A.J. van Nijen, 'Veel christelijke organisaties worstelen met hun identiteit. Het dilemma van de NCRV', *Centraal Weekblad* 2005.

Van Riel 2005

C.B.M. van Riel, *Identiteit en imago. Recente inzichten in corporate communication – theorie & praktijk*, Den Haag: Academic Service 2005.

Van Steenbergen 2006

R. Van Steenbergen, 'Kledingvoorschriften en grondrechten', *Sociaal Recht* (jrg. 21, nr. 2), p. 41-58.

Van Uden 2006

F.C. van Uden, 'De ondraaglijke stilte van de vrijheid van meningsuiting in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2006 (jrg. 13, nr. 2), p. 10-15.

Van Wageningen 2003

A.C. van Wageningen, *De staat van de universiteit. Een rechtsvergelijkende studie naar de institutionalisering van de universiteit in Nederland, Frankrijk en Nordrhein-Westfalen* (diss. Enschede), Enschede: CHEPS/UT 2003.

Van Woerkum 2000

C.M.J. van Woerkum, *Communicatie en interactieve beleidsvorming*, Deventer: Kluwer 2000.

Van Woudenberg 2000

R. van Woudenberg, *Het mysterie van de identiteit. Een analytisch-wijsgerige studie*, Nijmegen: SUN 2000.

Vegter 2007

M.S.A. Vegter, *JAR Verklaard* 2007 (nr. 7, 3 november 2007), p. 6, 7.

Velaers 2003

J. Velaers, 'De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten', in: M. Adams (e.a.) *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet* (reeks: Het recht in de samenleving), Antwerpen: Maklu, 2003, p. 327-389.

Verburg 2003

L.G. Verburg, 'De OK, de medezeggenschap en het jaar 2002', *AR* 2003, (jrg. 10, nr. 6/7), p. 22-26.

Verburg 2007

L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, Deventer: Kluwer 2007.

Verhulp 1997

E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (Sinzheimer Sociale Monografieën, diss. Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

Verhulp 1999

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 28), Deventer: Kluwer 1999.

Verhulp 2000

E. Verhulp, 'Een arbeidsrechtelijke regeling van de vrijheid van de meningsuiting van de werknemer', in: *Meer respect voor grondrechten van werknemers*, Amsterdam: FNV 2000, p. 34-56.

Verhulp 2008

E. Verhulp, 'De dringende reden en het ontslag op staande voet', in: E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers* (Monografieën sociaal recht, nr. 32), Deventer: Kluwer 2008, p. 63-120.

Verhulp 2009

E. Verhulp, 'De commercieel gekleurde werkgever en beperkingen van grondrechten van de werknemer', in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking* (Serie Onderneming en Recht, deel 50), Deventer: Kluwer 2009, p. 433-445.

Vermeulen 1989

B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Vermeulen 1995

B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.) *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-35.

Vermeulen 2003

B.P. Vermeulen, 'Islamitische kledingperikelen in het onderwijs', *School en Wet* 2003 (nr. 2, februari), p. 45-48.

Vermeulen 2007

B.P. Vermeulen, 'Vrijheid, gelijkheid, burgerschap. Over verschuivende fundamenteën van het Nederlandse minderhedenrecht en -beleid (immigratie, integratie, naturalisatie, onderwijs en religie), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Vermeulen 2009

B.P. Vermeulen, 'Gewetensvrijheid en godsdienstvrijheid in een neutrale staat', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Een neutrale staat: kreet of credo?* (Serie Religie & Recht), Heerenveen: Protestantse Pers 2009, p. 78-107.

Vermeulen & Overbeeke 2011

B.P. Vermeulen & A.J. Overbeeke, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in: *Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar 2010*, C.J. Forder (red.), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 139-162.

Vermeulen & Zoethout 2003

B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 71-76.

Von Campenhausen 1993

A. von Campenhausen, 'The churches and employment regulations in the Federal Republic of Germany', in: J. Duffar (e.a.) *Churches and labour law in the EC Countries*, Milaan: Università degli studi di Milano, facoltà di giurisprudenza 1993, p. 105-115.

Wentholt 1997

K. Wentholt, *Gelijke Behandeling* (reeks: Dossiers), Alphen aan den Rijn: Samsom Bedrijfsinformatie 1997.

Wentholt 2007

K. Wentholt, 'De door- en wisselwerking van CGB-oordelen', in: J.H. Gerards, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjes (red.), *Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 290.

Werner & Wessel 2005

W.G. Werner & R.A. Wessel, *Internationaal en Europees Recht. Een verkenning van grondslagen en kenmerken*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

Westert 2006

J. Westert, 'Het aloudestakingsrecht', *De Reformatie* 2006 (jrg. 81, nr. 17), p. 310, 311.

Wiese & Wrase 2007

K. Wiese & M. Wrase, 'Wohin mit der Religionsfreiheit?', *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2007 (jrg. 40, nr. 5, 23 juli 2007), p. 171-172.

Willemze 2007

T.M. Willemze, 'De rechtsverhouding bezien vanuit de praktijk', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Predikant tussen baan en ambt*, Heerenveen: Uitgeverij Protestantse Pers 2007, p. 93-109.

Witteveen 1984

T.A.M. Witteveen, *Overheid en nieuwe religieuze bewegingen* (diss. Groningen), Den Haag: Sdu Uitgevers 1984.

Woldring 2000

H.E.S. Woldring, 'Bijzonder onderwijs en de sociale cohesie van de samenleving', in T. van der Ploeg e.a. (eds.), *De vrijheid van onderwijs. De ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht: Lemma 2000, p. 231-242.

Wolters 2010

S.W.G. Wolters, 'De grenzen en mogelijkheden van het verbod van nevenactiviteiten. Een toetsingskader aan de hand van de redelijkheid en billijkheid', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010 (nr. 3), p. 105-108.

Wöltgens 2006

Th. Wöltgens, 'De staat als jaloerse god. Op weg naar een staatskerk?', in: M. ten Hooven & Th. de Wit (red.), *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland*, Amsterdam: SUN 2006, p. 231.

Zeckei 2008

M. Zeckei, *Das Diskriminierungsverbot im Zivilrecht und seine Auswirkungen auf das rechtsgeschäftliche und quasirechtsgeschäftliche Handeln* (diss. Göttingen), Göttingen: Universitätsbibliothek Göttingen 2008.

Zondag 2002

W.A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', *RMThemis* 2002 (nr. 5), p. 3-16.

Zondag 2003

W.A. Zondag, *De wet Bussemaker/Van Dijke. Zeggenschap over arbeidstijden* (Actualiteiten sociaal recht), Deventer: Kluwer 2003.

Zondag 2003a

W.A. Zondag, 'De Wet-Bussemaker/Van Dijke: symboolwetgeving of sociale revolutie?', *ArbeidsRecht* 2003 (jrg. 10, nr. 2), p. 16-31.

Zondag 2004

W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht* (oratie, Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Zondag 2005

W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden* (rapport voor de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken van het ministerie van Justitie), Den Haag: Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken ministerie van Justitie 2005.

Zondag 2008

W.A. Zondag, 'Disciplinaire maatregelen', in: E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers* (Monografieën sociaal recht, nr. 32), Deventer: Kluwer 2008, p. 1-63.

Zondag 2011

W.A. Zondag, *Religie in de arbeidsverhouding. Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers* (preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging op 13 mei 2011), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Adviezen, nota's en rapporten

Aanpassing Wet op de ondernemingsraden **2003**

Advies over aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden. Uitgebracht aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (advies van 19 december 2003, SER 03/12), Den Haag: SER 2003.

Arbeid, religie en gelijke behandeling **2004**

Arbeid, religie en gelijke behandeling (CGB-advies 2004/06 op verzoek van Meldpunt Discriminatie Amsterdam), Utrecht: CGB 2004.

Arbeidsvoorwaardenregeling Protestantse Kerk in Nederland **2007**

Arbeidsvoorwaardenregeling Protestantse Kerk in Nederland 2007, Utrecht: Protestants Landelijk Dienstencentrum 2007.

Arbeitsrecht **2008**

Arbeitsrecht. Informationen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Bonn: Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2008.

Artikel 23 in maatschappelijk perspectief **2012**

Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief. Nieuwe richtingen aan de vrijheid van onderwijs (advies aan de Tweede Kamer), Den Haag: Onderwijsraad 2012.

Bestuursbrochure Bisdom Breda **2009**

Bisdom van Breda, Bestuursbrochure 2009, Breda: Bisdom Breda 2009.

CGB-advies Kaderrichtlijn **2008**

A. G. Castermans, M. Van der Burg & F. Wegman, Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG (Reactie op het advies van 31 januari 2008 van de Europese Commissie aan Nederland krachtens artikel 226 EG Verdrag wegens het niet correct omzetten van art. 2 lid 1, 2 lid 2 onder a, 2 lid 2 onder b en 4 lid 2 Kaderrichtlijn), Utrecht: CGB 2008.

CGB-advies Wervingsbeleid Amsterdam **2010**

CGB-advies 2010/1 inzake het stellen van voorwaarden aan het wervings- en selectiebeleid van organisaties die taken voor de gemeente uitvoeren (advies aan de gemeente Amsterdam), Utrecht: CGB 2010.

CGB-advies Wetsvoorstel Integratiewet **2010**

CGB-advies 2010/3 inzake het conceptwetsvoorstel Integratiewet, Utrecht: CGB 2010.

CGB Jaarverslag **2006**

Commissie Gelijke Behandeling Jaarverslag 2006, Utrecht: CGB 2007.

CGB Jaarverslag **2008**

Commissie Gelijke Behandeling Jaarverslag 2007, Utrecht: CGB 2009.

CGB Jaarverslag **2009**

Commissie Gelijke Behandeling Jaarverslag 2009, Utrecht: CGB 2010.

CGB Oordelenbundel 2011

Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar 2010, C.J. Forder (hoofddred.) (CGB Oordelenbundel 2011), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Commissie-Van der Burg 1977

Commissie-Van der Burg, Rapport van de Commissie van Advies inzake het democratisch en doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen, Rijswijk: 1977.

CRV-advies 1979

Centrale Raad voor de Volksgezondheid, Advies inzake het rapport van de Commissie van Advies betreffende het democratisch en het doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen, Rijswijk: 1979.

De burger en Europa 2008

De burger en Europa. Een christendemocratische visie op de waardengemeenschap EU (rapport), Den Haag: Wetenschappelijk Instituut voor het CDA 2008.

Deelnemers gezocht! 2008

Deelnemers gezocht! (Christennetwerk|gmv-nota arbeidsvoorwaardenbeleid 2008), Zwolle: Christennetwerk|gmv 2007.

Derde Evaluatie Awgb 2011

Derde Evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW over de periode 1 september 2004 tot 1 september 2009, Utrecht: CGB 2011.

De winst van waarden 2000

Advies over maatschappelijk ondernemen. Uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken (advies van 15 december 2000, SER 00/11), Den Haag: SER 2000.

Duurzame globalisering: een wereld te winnen 2008

Advies over duurzame globalisering. Uitgebracht aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (advies van 20 juni 2008, SER 08/06), Den Haag: SER 2008.

Eindrapport WMS 2009

Eindrapport van het project Wet medezeggenschap op scholen 2009, Utrecht: Projectgroep WMS 2009.

Gedragscode E-werken 2005

Gedragscode E-werken, Den Haag: VNO-NCW 2005.

Geïnspireerd aan de slag 2007

Geïnspireerd aan de slag (RMU-nota arbeidsvoorwaardenbeleid 2008), Veenendaal: RMU 2007.

Goed werken in netwerken 2002

Goed werken in netwerken. Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers (College Bescherming Persoonsgegevens, Achtergrondstudies en verkenningen 2002), Den Haag: CBP 2002.

Grondrechten 2004

Grondrechten in een pluriforme samenleving (regeringsnota van 18 mei 2004), Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2004.

Het verschil gemaakt 2005

Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004 (tweede vijfjaarlijkse evaluatie), Utrecht: CGB 2005.

Identificatie met Nederland **2007**

Identificatie met Nederland (WRR-rapport) Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

Integratienota **2011**

Integratie, binding, burgerschap (Integratienota Kabinet Rutte 1), Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011.

Kerkorde Christelijke Gereformeerde Kerken **2007**

Kerkorde van de Christelijke Gereformeerde Kerken in Nederland (laatst gewijzigd en aangevuld door de synode van Utrecht-West/Nunspeet, 2004), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn Motief 2007.

Mediation naast rechtspraak **2009**

Mediation naast rechtspraak: Kosten en doorlooptijden (Research Memoranda, jrg. 5, nr. 3, onderzoek in opdracht van de Raad voor de rechtspraak), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Meer dan werk alleen **2007**

Meer dan werk alleen (Nota arbeidsvoorwaardenbeleid RMU), Veenendaal: RMU 2007.

Om de Vrijheid **2005**

Om de Vrijheid (concept Liberaal Manifest VVD), Den Haag: VVD 2005.

Ontslagpraktijk onderwijs **2011**

Ontslagpraktijk en harmonisatie in het onderwijs (Rapportage van een onderzoek in opdracht van het Ministerie van onderwijs, cultuur en wetenschap), Leiden: Astri 2011.

Scheiding Kerk en Staat **2006**

Notitie Scheiding Kerk en Staat (M. Vesseur, notitie voor het college van B&W van Amsterdam), Amsterdam: Gemeente Amsterdam 2006.

Schreiben der Europäischen Kommission **2007**

Schreiben der Europäischen Kommission an den deutschen Botschafter vom 24 Januar 2007 (Directoraat Generaal voor werkgelegenheid, sociale zaken en gelijke kansen, EMPL/G/2/NVDP/SW/dd D(2007)588, Brussel, 24 januari 2007), Brussel: Europese Commissie 2007.

Schurende relaties **2007**

F.T. Oldenhuis (e.a.), *Schurende relaties tussen recht en religie* (rapport Instituut voor Integratie en Sociale Weerbaarheid), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2007.

Sharia in Nederland **2010**

Sharia in Nederland. Een studie naar islamitische advisering en geschilbeslechting bij moslims in Nederland (Instituut voor Culturele Antropologie en Ontwikkelingsstudies, Instituut voor Rechtssociologie, Radboud Universiteit Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2010.

Slagvaardig en samen **2010**

Slagvaardig en samen. Verkiezingsprogram 2010-2015, Den Haag: CDA 2010.

Sociaal jaarverslag Adullam **2007**

H. Labee, 'Feiten en cijfers Adullam-personeel. Sociaal jaarverslag 2006', *Contactorgaan Stichting Adullam voor Gehandicaptenzorg* 2007(nr. 2), p. 8-11.

Stellungnahme der Bundesregierung **2007**

Stellungnahme der Bundesregierung zum Schreiben der Kommission vom 24 Januar 2007 (Bundesministerium der Justiz, 7 maart 2007), Berlin: Bundesregierung 2007.

Toelating en verblijf voor religieuze doeleinden **2005**

Toelating en verblijf voor religieuze doeleinden (advies van 26 juli 2005 aan de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie), Den Haag: Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2005.

Tweeluik religie en publiek domein **2009**

Tweeluik religie en publiek domein. Handvatten voor gemeenten (brochure VNG), Amsterdam: Instituut voor Publiek en Politiek 2009.

Überblick über die Kritik der Europäischen Kommission **2008**

Überblick über die Kritik der Europäischen Kommission an der Umsetzung der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien in Deutschland (Bondsministerie van Justitie, Referat I B 2, 7 juli 2008, Deutscher Bundestag Rechtsausschuss, Ausschussdrucksache Nr. 16(6)247, Berlijn, 21 juli 2008), Berlin: Bundesregierung 2008.

Uiterlijk en werk **2002**

Uiterlijk en werk (eindrapportage Meldlijn uiterlijk en werk), Amsterdam: FNV 2002.

Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien **2008**

Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien und Praxisprobleme beim Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Antwoord der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Sevim Dağdelen, Ulla Jelpke und der Fraktion DIE LINKE –Drucksache 16/8720–, Drucksache 16/8965, 25 april 2008, Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode), Berlin: Bundesregierung 2008.

Vertragsverletzungsverfahren **2008**

Ingebrekestelling van de Europese Commissie 2007/2362 K(2008)0103 van 31 januari 2008, Brussel: Europese Commissie 2008.

Vrijheid en verantwoordelijkheid **2010**

Vrijheid en verantwoordelijkheid (Regeerakkoord VVD-CDA), 30 september 2010.

Wet Medezeggenschap op Scholen **2007**

Wet Medezeggenschap op Scholen (WMS) (VGS-notitie), Ridderkerk: VGS 2007.

Wijziging dispensatie AVV **2006**

Wijziging van dispensatie AVV (briefadvies 29 maart 2006, AV/CAM/2006/23317), Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2006.